

LA JURISPRUDENCIA ROMANA COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN PARA EL DERECHO ACTUAL

GRADO EN DERECHO

CURSO 2014 - 2015

Autora: **ALBA LARA SALAS**

Tutora: **M. TERESA PERALTA ESCUER**

Fecha: JUNIO 2015

Agradecimientos:

Quisiera expresar mi reconocimiento y agradecimientos a todas aquellas personas que, gracias a su colaboración, han contribuido a la realización de este Trabajo de Fin de Grado:

En primer lugar, mi más sincero agradecimiento a M. Teresa Peralta Escuer, tutora de éste proyecto, por su consejo, ayuda, dedicación y sobretodo paciencia durante el desarrollo del mismo.

Agradecimiento especial a Francisco Segura Sancho por su tiempo y recursos facilitados y sobre todo por sus consejos como profesional y como persona.

Agradecimiento especial a Blanca Hernández Coarasa por su tiempo invertido en mí, por su colaboración, comprensión, preocupación y por estar siempre dispuesta a ayudarme.

Y por último, aunque no por eso menos importante, un agradecimiento muy especial merece la comprensión, la paciencia y el ánimo recibidos de Tote, de mi familia y amigos.

A todos ellos, muchas gracias.



RESUMEN

La función de la **Iuris prudentia**, conocida también como Jurisprudencia, es tan amplia como la historia que la precede. Resulta importante destacar que se considera un pilar básico para el Derecho como fuente formal de éste.

Debemos tener en cuenta que la Iuris prudentia no siempre se ha valorado del mismo modo según el sistema jurídico y época en que nos hemos encontrado; por este motivo es necesario diferenciar sus peculiaridades en los distintos sistemas existentes: el sistema romano (considerado la base del resto de sistemas), el sistema anglosajón (quizás más conocido como Common Law) y el sistema continental (sistema en que se basa nuestra estructura jurídica).

Mediante este trabajo se pretende que el lector pueda conocer, de forma breve y entendedora, la evolución histórica y la importancia de la **JURISPRUDENCIA ROMANA** como fuente de inspiración para el Derecho actual, abarcando los métodos de creación existentes de la época romana en comparación a los métodos con los que nos encontramos en la actualidad.

PALABRAS CLAVE

Ius, Iuris prudentia, Iustitia, Lex, Praetor – Magistratuum, Iudex.



INDICE

INTRODUCCIÓN

La idea principal sobre la realización de éste trabajo encaminado al estudio y conocimiento de los origines de la jurisprudencia en Roma y su comparación con la actualidad surgió a partir de una conversación con mi antiguo, y muy apreciado, profesor de Derecho Procesal don Francisco Segura Sancho sobre el cual cabe destacar que en su profesión principal ejerce como Presidente de la Audiencia Provincial de Lérida desde diciembre del año 2006 y también es Miembro de la Comisión Permanente de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Acudí a él para poder tener de este modo otro punto de vista de los temas sobre los cuales podría trabajar ya que me sentía perdida ante la inmensidad de ámbitos que puede llegar a abarcar el Derecho Romano sobre los cuales ya había estado tratando con anterioridad con mi tutora, también muy apreciada, Mª Teresa Peralta Escuer Doctora en Derecho desde 1993 y profesora titular de Derecho Romano en la Universidad de Lleida desde 1996.

Finalmente y después de que Mª Teresa Peralta Escuer diese su aprobación, y bajo la advertencia de tratarse de un tema especialmente complejo, le pareció correcto que me adentrase en éste tema y empezase el laborioso camino hacia la búsqueda de la correcta información relativa al mismo.

Sobre la advertencia de la complejidad de éste trabajo es importante destacar que se debe principalmente a dos razones:

- Por la gran cantidad de material y estudios existentes al respecto.
- Por la escasez de material sobre éste ámbito en la biblioteca de nuestra Universidad.

Pese a esto, Mª Teresa Peralta Escuer me animó a emprender el desconocido (para mí) viaje "al centro de la jurisprudencia" y con cierta ilusión al respecto por sentirse identificada con el estudio que ella realizó con anterioridad para la redacción de sus trabajos.

También considero importante destacar que adentrarme en el estudio y descubrimiento de ésta parte del Derecho me hizo mucha ilusión, pues no cabe duda de que se trata de una materia muy interesante y de gran importancia tanto en el mundo del Derecho romano como en la actualidad. Y puesto que mis conocimientos sobre el tema para

poder realizar un estudio en profundidad del mismo eran escasos, tuve claro que trabajar sobre esto iba a resultar muy positivo sobre mí.

La jurisprudencia es uno de los temas que se encuentra más al día, se podría decir que está en constante uso y evolución. Y esto supone, tal y como ya hemos mencionado, que exista una extensa bibliografía al respecto pero no siempre de fácil localización. En la Universidad de Lérida disponemos de un gran compendio de manuales, revistas y artículos pero no los suficientes y por ese motivo resulta imprescindible acudir al resto de Universidades y fuentes que proporcionan aquello necesario para poder trabajar sobre la cuestión. Pero en general, son muy numerosos los autores que desde hace muchos siglos se han dedicado a compilar todo aquello a lo que a la jurisprudencia se refiere y que a día de hoy nos sigue siendo realmente útil.

El estudio de la *Jurisprudencia romana como fuente de inspiración para el Derecho actual* resulta importante por diversos motivos; como la trascendencia de su contenido a lo largo de la historia del Derecho, pues sin la influencia del Derecho romano todo hubiese sido muy distinto. En segundo lugar, porque no debemos dejar de tener en cuenta los distintos métodos de resolución de casos, tanto de nuestros precedentes como de nuestros antecedentes, pues de todos ellos se puede aprender grandes cosas y nos pueden resultar verdaderamente útiles a la hora de resolver aquellas controversias casuísticas que se nos planteen. Y muchos más motivos por los cuales valorar las laboriosas tareas jurídicas que se llevaron a cabo en épocas anteriores a la nuestra teniendo en cuenta la escasez de medios de los que disponían en comparación a la actualidad y que hasta día de hoy nos siguen siendo de gran utilidad.

Es importante destacar el especial interés que le debemos dar al Derecho romano clásico que usa la casuística en particular para proceder a la resolución de los casos, que dista de los métodos que se usan en la actualidad, en nuestro sistema, para proceder a dicha resolución, y su conocimiento resulta muy interesante.

Partiendo de este punto en el que se le da tanta importancia al concepto y visión romanística de las situaciones jurídicas, a lo que al presente trabajo se refiere decidimos

ampliar la información hacia un estudio a nivel europeo, pues dicha materia pasa a tener una gran importancia a un nivel tan amplio i superior como lo es Europa.
En definitiva, este trabajo se basa en una investigación del uso y de la aplicación de la jurisprudencia en el Derecho romano, centrándonos en aquello que ésta ha ido aportando a todos los sistemas jurídicos existentes y que aún a día de hoy sigue persistiendo.

El primer punto a analizar es el de la creación, el punto de partida del Derecho, y esto únicamente lo encontramos en un lugar, en Roma. Una vez encontramos el origen principal de la regulación de las relaciones entre las personas, de las relaciones comerciales,…etc., nos adentramos en las figuras que juegan un papel trascendental en este origen: cónsul, pretor, magistrado, juez, ciudadanos,…etc.

Panorámica general de la metodología romanística[1]:



[1] *PERALTA ESCUER, M.T., «La investigación en el Derecho Romano: Metodología Romanística» proyecto docente realizado, Universidad de Lleida.*

Para la realización de éste trabajo decidimos tomar como base dos metodologías romanísticas de investigación en concreto:

a. Método de investigación semasiológica.
b. Método de topología de los conceptos jurídicos.

El motivo por el cual se decidió emplear dicha metodología es muy simple, pues en la sencillez y eficacia de su contenido encontraremos la respuesta.
A lo que el método de la **investigación semasiológica** se refiere, consideramos que es importante porque nos muestra que mediante el origen de las palabras podemos conocer muchos aspectos que a simple vista desconocemos.
Ejemplo:

Iurisprudentia.

Mediante ésta podemos conocer más allá que el simple significado del concepto.

A lo que al método de la **topología de los conceptos jurídicos** se refiere, situamos cada concepto en su contexto histórico y después resaltamos los elementos comunes que hemos encontrado en ellos.
Hacemos entonces un estudio del Derecho Romano y del Derecho actual y seguidamente lo comparamos. Mediante esta técnica logramos evitar la proyección de conceptos actuales en el Derecho Romano y de ésta manera evitaríamos caer en la contaminación de ese estudio.

Los motivos por los cuales no nos decantamos por el uso de otros métodos de investigación también son muy sencillos. Decidimos no usar el método de la **Dogmática Retrospectiva** porque su funcionamiento consiste en emplear conceptos actuales para adaptarlos en el Derecho Romano y eso no lo consideramos correcto pues de este modo lo que se hace es contaminar el verdadero fin, el verdadero origen de aquello a lo que se pretenda hacer referencia.

Tampoco contemplamos el uso del **método Comparativo**, el cual consiste en llevar a cabo una comparación de las costumbres y características socioeconómicas de diferentes civilizaciones, no porque no resulte interesante y útil, pues resulta verdaderamente trascendental la información que se obtiene a partir de éste, pero su uso es peligroso si no se tienen unos grandes conocimientos al respecto.

Tampoco optamos por el uso del **método Marxista**, del **método Histórico crítico**, del método **Textstufenforschung**, ni por el método **Dogmengeschichte**. Pues su estructura no se adapta a las necesidades ni posibilidades de investigación que para el presente trabajo requerimos.

DESARROLLO ANALÍTICO

Consideraciones terminológicas

El concepto **IURISPRUDENTIA** en su origen latino proveniente de **“***iuris***”** (Derecho) y **“***prudentia***”** (conocimiento o sabiduría).

> “*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia,*
> *iusti atque iniusti scientia*”
>
> *Domicio Ulpiano, Digesto 1, 1, 10, 2*

El jurista romano Ulpiano definía la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas tanto divinas como humanas, y también como la ciencia de lo justo y lo injusto. En este sentido jurisprudencia significaba lo que hoy llamamos doctrina, o sea, el conocimiento de la ciencia del Derecho. Quien ejercía este rol de conocedor del Derecho recibía la denominación de jurisconsulto, que era aquel capaz, al conocer profundamente las cosas divinas y humanas, de discernir lo justo de lo injusto.

Actualmente se entiende por jurisprudencia a los fallos que se reiteran sobre un asunto determinado, y que se convierten en fuente del Derecho al poder ser invocados por las partes para defender sus derechos, y tenidos en cuenta por el Juez al dictar sus sentencias.
Los jueces al dictar sentencia interpretan las normas jurídicas para adecuarlas a un caso concreto. Cuando se presenta un caso parecido, las partes pueden en sus escritos remitir a esas sentencias, para que el nuevo Juez las tenga en cuenta y decida el caso en el mismo sentido anterior; y el mismo juez, aún sin petición de parte, puede tener en cuenta esos fallos para fundamentar su propia decisión.
El valor dado a la jurisprudencia varía según el país en que se trate, en el caso del nuestro, España, los fallos concordantes deben ser por lo menos dos y emanados de las resoluciones del Tribunal Supremo.

La importancia de la jurisprudencia dentro del ámbito del Derecho es fundamental porque gracias a ella se consiguen salvar las imperfecciones que tiene el sistema

jurídico mediante la creación de lo que serían contenidos jurídicos para futuros casos que puedan tener un parecido sustancial. Por ese motivo resulta necesario subrayar su labor integradora que se basa, en otras palabras, en la tarea de cubrir las lagunas o las carencias que se dan en el Derecho cuando no hay una ley que aborde una cuestión determinada

Entre las distintas funciones que tiene atribuida la jurisprudencia se podría establecer que quizás la más importante y significativa sea la interpretadora, pues se encarga de llevar a cabo el estudio de un precepto jurídico aplicado o utilizado en un caso concreto.

Pero estas funciones integradora e interpretadora no son las únicas que tiene la jurisprudencia. De la misma manera, hay que destacar el hecho de que se encarga de velar por el progreso y de adaptarse a lo que serían las exigencias históricas de la sociedad en cada momento.
La jurisprudencia supone la mejor forma de conocer la historia real y efectiva de la justicia; la importancia o la efectividad de la cual cambia de acuerdo a la legislación de cada país.

En España la jurisprudencia no está considerada como fuente de derecho, aunque se tiene en cuenta como un complemento muy importante del ordenamiento jurídico.

Evolución y orígenes de la jurisprudencia

La importancia del estudio del Derecho romano

Para poder proceder a la investigación de algunos de los ámbitos que abarca el Derecho romano resulta interesante entender el por qué de la necesidad de buscar información sobre su pasado, puesto que sin esta información no podríamos llegar a entender la importancia que ha tenido en el presente o lo que dista la regulación de aquel momento con la actual.

Por tanto, **¿**en qué sentido y dentro de qué límites el Derecho Romano es útil para la formación del jurista moderno**?** [2]

El año 1956 esta pregunta fue resuelta por romanistas de todo el mundo con motivo de una amplia encuesta sobre el estudio y el enseñamiento del Derecho Romano hecha por una importante Revista italiana, Labeo.

Basándonos en la opinión del maestro Kunkel, la cual no formó parte de esa encuesta, el año 1965 expuso de manera sistemática las razones por las cuales consideraba que el Derecho Romano resulta imprescindible para la formación del jurista moderno, y son las siguientes:

1º Ayuda a comprender que el Derecho es primordialmente producto histórico.
Y cómo dijo Pugliese "*Considerar el derecho en su devenir histórico es la única manera de conocerlo completamente; se aprende todo lo que hay en él, distancias y medios técnicos permanentes y se supera la impresión de arbitrariedad y de artificio que produce el examen estático de un derecho vigente*."

2º Es la base del Ordenamiento Jurídico de la Europa Continental y por eso su estudio es imprescindible para tener conocimiento adecuado de cualquiera de ellos.

---

[2] *JOAN MIQUEL, Dret Privat Romà, 1995.*
Labeo.- Casa editrice Dottor Eugenio Jovene CEDEJ (Italia)

Esta afirmación es válida especialmente en Cataluña, donde el Derecho Romano (en su forma de Derecho Común) tuvo un papel clave como Derecho supletorio hasta la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, el 21 de julio de 1960.
En Andorra a través de una interpretación jurisprudencial, se ha mantenido vigente el Derecho romano común. Y también tiene ciertas influencias sobre el Código Civil español.

3º Se convierte en el punto de partida necesario para el estudio del Derecho comparado y el día de mañana permitirá la elaboración de leyes uniformes en el sí de la Unión Europea.
El fundador de la ciencia moderna del Derecho Comparado es un romanista de vocación, E. Rabel, autor del proyecto de ley de la compraventa de mercaderías.

4º Es la base de la terminología jurídica. Importancia como preparación al estudio del Derecho.
Es la lengua franca de los juristas europeos, es capaz de traspasar las barreras lingüísticas más diversas.

5º Sirve para adiestrar al jurista moderno en la técnica de la resolución del caso concreto. Se trata de un derecho eminentemente casuístico.

6º Es un modelo inigualable en la técnica del razonamiento jurídico.

7º Es muy importante aprender a hacer exegesis de los textos.

Y por éstas razones, entre otras, se tiene que valorar la importancia del Derecho Romano no dejando de pensar que éste fue la base de una gran mayoría de los sistemas existentes actuales.

Origen histórico de la jurisprudencia romana

Dentro de la importancia, universalmente reconocida, que para la formación jurídica actual tienen los estudios romanísticos, tal y como hemos comentado con anterioridad, debe descartarse en su ámbito el valor de la jurisprudencia romana, considerada como el "Clasicismo del Derecho".
La problemática que plantean los estudios sobre la Jurisprudencia romana es tal que, ciertamente, sólo las profundas investigaciones, llevadas a cabo por una o varias generaciones de juristas, filólogos e historiadores, podremos estar en condiciones de formular un planteamiento riguroso de la técnica y métodos y, en general, de las características de la actividad jurisprudencial y sus principios rectores.

La Pira[3], el más constante investigador de la técnica jurisprudencial, afirma que ningún estudioso del Derecho puede prescindir del conocimiento del sistema jurisprudencial, en el que se ponen los fundamentos primeros de la Ciencia jurídica.

La importancia del estudio de la Jurisprudencia viene impuesta por dos clases de factores:
- Unos de carácter interno, referentes a la consideración de la Jurisprudencia en sí, a su papel preponderante en la formación y desarrollo del Derecho, y a su influencia decisiva en la vida social y jurídica del pueblo romano.
- otros de carácter externo, relativos a la trascendencia y alcance que supone para el conocimiento de todo el complejo organismo jurídico y de la historia de las particulares instituciones, una investigación a fondo de la obra técnica jurisprudencial.

La jurisprudencia en el Roma la verdadera fuente del Derecho, no sólo por lo que se refiere al *ius civile*, sino también en relación con el *ius honorarium*, el *ius gentium* y, durante el Principado, a través de su labor creadora por el cauce de las constituciones imperiales.

---

[3] ***LA PIRA.*** *La Genesi del sistema nella Giurisprudenza romana. L'arte sistematrice, en BIDR, 42 (1942), págs..338 y sigs.*

El sistema de la Jurisprudencia romana supuso la formación de los conceptos fundamentales de la Ciencia jurídica, conceptos que, con el sistema mismo, serían llevados después de hasta los siglos posteriores[4].
La historia de la jurisprudencia facilita un ejemplo único del método jurídico de su desenvolvimiento legal, basado en la coordinación y desarrollo del Derecho por medio de la razón; precisamente por ello, su estudio es interesante para inculcar, sobre todo, el verdadero concepto del Derecho y de la evolución jurídica.

La Jurisprudencia tiene el mérito indudable, finalmente, de haber elaborado un perfecto e inconmovible alfabeto jurídico; un buen alfabeto, tal y como dijo en su momento Ihering, ya que sus nociones conservan hoy tanto valor como hace quince siglos, e incluso ofrece medios para resolver cuestiones que sólo en el mundo moderno se han planteado.

Desde el punto de vista histórico-crítico, los progresos metodológicos de la textstufenforschung, o investigación de los estratos de los textos, nos han proporcionado un conocimiento más exacto y preciso del pensamiento y de las doctrinas de los juristas clásicos.

De otra parte, debido al poderoso fermento de la History[5] de Schulz, se ha producido una intensa elaboración en torno al método y a la técnica jurisprudencial, siguiendo, sobretodo, la vía de las influencias operadas en la Jurisprudencia por la Dialéctica y la Retórica helénicas.

En definitiva la jurisprudencia romana es una auténtica escuela de libertad y nos muestra el proceder perfecto en el Derecho. El método principal de los juristas fue el haber sabido encontrar un medio de adaptar siempre las decisiones jurídicas a las necesidades de la vida, en un casuismo fecundo, inspirado en las directrices de la equidad.

---

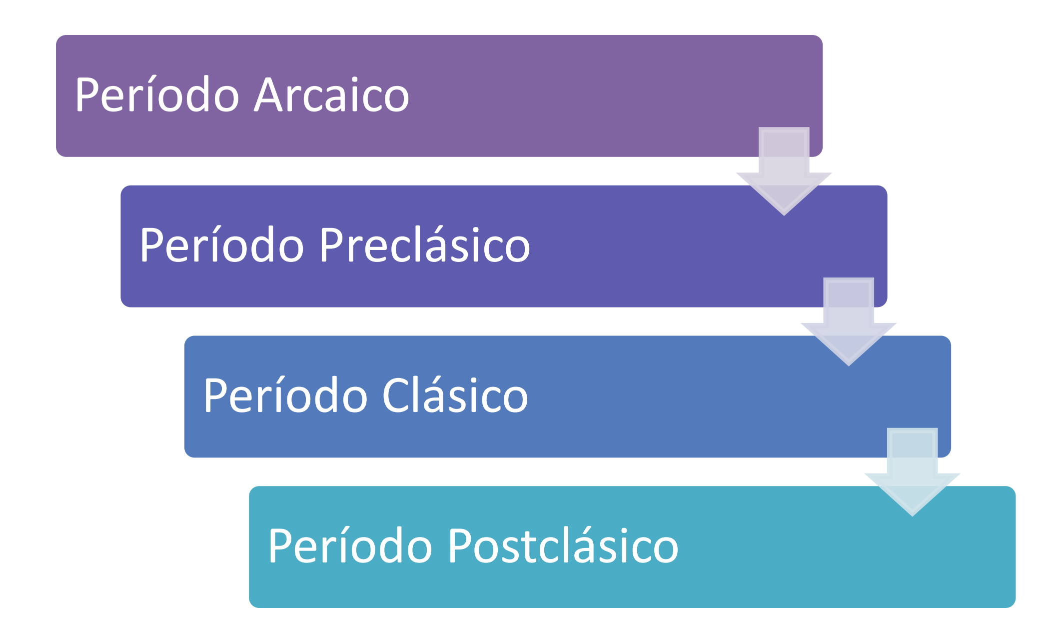
[4] *La ciencia del Derecho en el legado de Roma (Madrid 1994), páginas 228 y sigs***.**

[5] *SCHULZ, F. History of Roman Legal Science, Oxford, 1953.*

Evolución de las fuentes romanas en etapas

El origen de la ciencia del Derecho Occidental lo encontramos en la Jurisprudencia romana, pues fue en Roma el lugar en que se conoció la figura del jurista, el profesional del Derecho; se trataba de hombres expertos en retórica y oratoria. Se trataba de personas que elaboraban y poseían todos aquellos conocimientos necesarios para la realización de la práctica del Derecho.

La tradición jurisdiccional romana sufrió distintas mutaciones a lo largo de la historia, y se dividió en cuatro etapas o periodos: arcaico, preclásico, clásico y postclásico[6].



[6] *Wolfgang Kunkel – «Historia del Derecho Romano», Ariel S.A.*
Emilssen Gonzalez de Cancino, Manual de Derecho Romano, Universidad Externado de Colombia, 1993.
Max Kaser, Derecho romano privado, 1982.
Barry Nicholas, Introducción al Derecho Romano, 1987.

PERÍODO ARCAICO o de las XII Tablas

- *SÍNTESIS*: El Derecho arcaico o primitivo se desenvuelve en una monarquía como forma de gobierno, en un territorio muy pequeño, escasamente poblado, con una economía de supervivencia basada en la agricultura y la ganadería, que ignoraba el comercio y la industria. El Derecho , por tanto, era arcaico, primario, a penas distinto a la religión. Eran los miembros del Colegio Pontifical quienes interpretaban el Derecho y regían como normas las costumes de los antepasados «*mores maiorum*».

Este período comienza con la fundación de Roma en el año 753 a.C. y concluye aproximadamente en el año 450 a.C. con la creación de la Ley de las XII Tablas.

La historia del Derecho Romano comienza en una comunidad de humildes condiciones. El estado romano de la época Arcaica es uno de los innumerables «*Estados ciudad*» de la antigüedad, que gravitan en torno a un escenario del tráfico económico y de la totalidad de la vida política.

En esta primera etapa se percibe una influencia de la cultura griega, hacia la mitad del siglo V a.C, cuyo pensamiento filosófico y jurídico estaba fuertemente inspirado en cuestiones de índole divina, es por eso, quizá, que los más antiguos juristas de los que se tiene noticia eran sacerdotes del Estado o sacerdotes públicos en cuyas manos estaban la aplicación y el desarrollo del derecho sacro, es decir, se trataba de sacerdotes que pertenecían a Colegios de Pontífices o Colegios Sacerdotales; y es por ello que los criterios jurisdiccionales existentes en esa época, eran **criterios o doctrinas jurisprudenciales pontificias o sacerdotales**, caracterizadas por ser incontrovertibles e incuestionables, dado su origen divino.

En definitiva, la jurisprudencia romana tuvo su origen en el **Colegio de los pontífices**, asesores técnicos, primero de la justicia real y más tarde de los cónsules y los pretores. Sus conocimientos del Derecho estaban relacionados con la ciencia de la religión y la

astrología. Su misión era interpretar la voluntad divina, clave, para los antiguos, de todo el orden jurídico.
La creación de la **Ley de las XII Tablas** constituye el más antiguo e importante antecedente legislativo del Derecho romano.
Esta época concluyó a finales de la República, en el año 304 a.C. y a partir de entonces la jurisdicción reservada a sacerdotes y escribas, se tornó laica y pública.

Para los romanos el Estado no era un poder abstracto, que aparece frente al individuo ordenando o permitiéndole algo, sino que eran los propios ciudadanos; un conjunto de personas que lo componen. De ahí que se conociera como *Populus Romanus*.

Las Asambleas cívicas estaban formadas por la comunidad de ciudadanos que dio al Estado su nombre y, al menos en la época republicana, era el organismo supremo. En ésta *comitia* (asamblea) se decidía sobre la paz, la guerra, se elegían magistrados y se votaban las leyes.

En el año 462 a.C. durante un largo periodo en el cual estuvieron enfrentados patricios y plebeyos, el tribuno *Trentilio Arsa* propuso el nombramiento de cinco magistrados que redactasen unas normas con el fin de suavizar las diferencias entre los dos grupos sociales antes mencionados, la norma proponía establecer un cierto parámetro de igualdad entre estas dos clases sociales, sin embargo dicha propuesta no fue aceptada por los patricios.

En el año 454 a.C., los tribunos propusieron de nuevo la idea de una ley igualitaria para patricios y plebeyos, la cual en esta ocasión sí fue aceptada, con algunas reservas. que impedían que los plebeyos formaran parte de la comisión legislativa. Con motivo de la aceptación, se envió una embajada a Grecia para que estudiasen las leyes de aquel pueblo, a cuyo regreso se suspendieron la actividad de las magistraturas ordinarias, tanto patricias como plebeyas, y se nombraron nuevas magistraturas que se denominaron *decenviri legibus scribundis*, presididos por Apio Claudio, y estos gobernaron satisfactoriamente durante un año y presentaron diez tablas para su aprobación en los comicios.
Al terminar el mandato, los *decenviri*, con el pretexto de que aún faltaban dos tablas por redactar, hicieron que se nombrase un nuevo decenvirato, del que formaron parte alguno

de los que integraron el primero y tres plebeyos. El segundo decenvirato gobernó despóticamente y redactó dos tablas que resultaron ser inicuas para la plebe ya que incluía la prohibición una prohibición de matrimonios entre patricios y plebeyos.

Los sucesos, según los historiadores, culminaron en una revuelta que tuvo lugar en el año 449 a.C. durante la que fueron derrocados los decenviros, restaurándose el consulado.
Livio declaró que la Ley de las XII Tablas era la fuente de todo el derecho público y privado, y en otro episodio, Pomponio se refirió a ella con la misma metáfora manifestado que de ella comenzó a fluir el *ius civile*, es decir, el **derecho de la ciudad de Roma**.

En la Roma Arcaica eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de los contratos y los ritos procesales. El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de sus miembros para que diera consultas jurídicas al pueblo, basándose en estas fórmulas monopolizadas por el sacerdocio y registradas en los ***libri pontificales***. Un factor adicional que explica tan destacada posición de los *hierofantes* en la vida jurídica estriba en el hecho de que éstos eran casi los únicos que sabían leer y escribir.

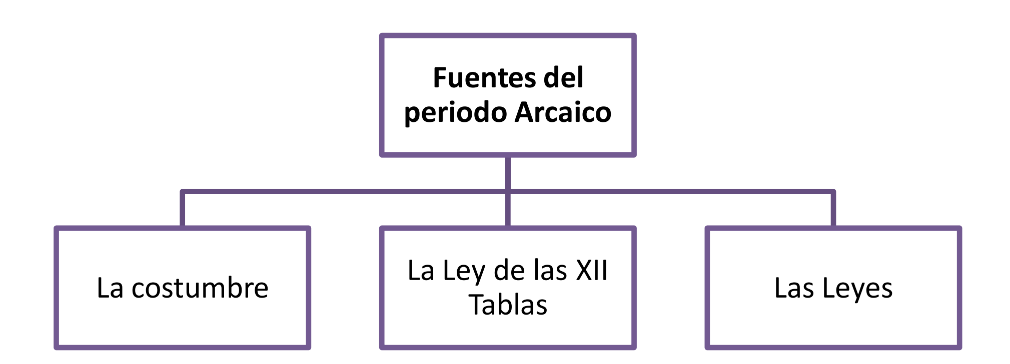
Las XII Tablas eran un cuerpo normativo completo pero escaso en regulación específica, la particularización de cada regla a casos concretos correspondía a los pontífices encargados de su manejo a quienes se les proporcionaba un poder excepcional que se llamaba *interpretatio* y el resultado de esta facultad extraordinaria era la creación de nuevas reglas particularizadas en casos concretos, a las cuales, con el paso del tiempo siguieron en otra etapa posterior las interpretaciones laicas de juristas distintos de los sacerdotes que más adelante discurrió en la evolución del *ius civile* y la aparición posterior de instituciones como la *responsa* y el *ius publieci respondendi*.

La gran libertad interpretativa de la que gozaban los pontífices fue considerablemente restringida, no por la Ley, sino por los mismos pontífices mediante el desarrollo de edictos.
En esta época, la jurisprudencia era considerada una labor propia de los pontífices quienes tenían competencia en cuestiones de derecho sagrado y también de derecho civil ya que el derecho estaba profundamente vinculado a la religión. Los pontífices

eran los intérpretes supremos del *fas* o «voluntad de los dioses» y de las antiguas *mores* o costumbres que formaban el núcleo principal del derecho arcaico[7].

El nombre más antiguo para los magistrados no fue el de cónsules sino de *praetores*.
El poder del *praetor* toma desde el principio una faceta civil. Comprendía materias que luego se calificaron de *coercitio* (poder disciplinario) y *iurisdictio* (decir derecho) y todo se englobaba en *imperium*.[8]

La histografía de la jurisprudencia romana sólo posee una verdadera base documental a partir de la época de la *Lex XII Tabularum*, que emanaron de los decenviros del 451 al 449 a.C, y que constituyen la más antigua Ley romana de la que tengamos una prueba segura. No obstante, es indudable que existía una jurisprudencia antes de la elaboración de esta Ley. Las XII Tablas mismas, en la medida en que las conocemos, denotan una técnica legislativa avanzada: se expresan en un lenguaje y terminología muy maduros. [9]



[7] *Cfr. Sini, Francesco, "Fas et iura sinunt" (virg., Georg. 1,269) Contributo allo studio della nozione romana di fas, Sassari, L. Dessi' Editrice, 1984*

Samper-Polo, Francisco, Derecho romano, Valparaíso, ediciones universitarias de Valparaíso, p.16

[8] *Ley XII Tablas. vide p.33 ss - Livio 7, 3, 4 ss*

[9] *Schulz, 6, n. 2. Sobre las Doce Tablas, «consideradas como un producto de la jurisprudencia de los pontifices.»*

PERÍODO PRECLÁSICO

- *SÍNTESIS*: Ésta estapa abarcó desde las XII Tablas hasta el siglo I a.C. En esta fase, la Republica era la forma de gobierno, la extensión territorial de Roma es considerable tras un periodo de conquistas por Europa, Asia y África, y la economía alcanzó un florecimiento frente a la etapa anterior. en el ámbito del Derecho, las XII Tablas suponen el primer contacto de acercamiento del Derecho al ciudadano, el preto corrigió el ius civile al crear el *ius honorarium*, a la vez que desarrolló el ius gentium para los extranjeros. La jurisprudencia laica adquiere una importancia insólita frente a la pontifical.

Una vez que la jurisdicción y la jurisprudencia se volvieron laicas y públicas, surgieron los **prudentes** («*ius peritus*» o «*ius prudens*», es decir, conocedores prácticos del derecho) que eran juristas que no pertenecían a los colegios de pontífices, quienes empezaron a emitir opiniones, preparar estudios y brindar asesorías a las que se llamó «***responsa***». Estas últimas se hacían consistir en opiniones o argumentos para asesorar en forma eficiente y oportuna a los ciudadanos romanos, al Estado e incluso se referían a temas jurisdiccionales, además de que generalmente se emitían sin obtener a cambio remuneración alguna, lo cual les valió a los jurisconsultos el reconocimiento y la obtención de un gran prestigio cívico; se trataba de casos o supuestos concretos que motivaban una respuesta o decisión del jurisprudente; sin embargo, con el transcurso del tiempo, la libertad para emitir la *responsa* provocó su corrupción y creación excesiva, lo que trajo consigo desconfianza y dispersión en la producción jurídica de teorías, opiniones y asesorías absurdas e insostenibles que paulatinamente llevaron a la extinción de dichas prácticas.

A la *responsa* es factible considerarla como un antecedente de la noción actual de Jurisprudencia en razón del manejo de doctrinas para la solución de un negocio jurídico concreto.

Poco a poco la función jurisprudencial se fue secularizando; esto significa que pasó de religiosa (pontificial) a convertirse en laica. En este proceso de **secularización** podemos señalar tres grandes momentos:

1º Cuando Cneo Flavio, secretario de un sacerdote, publicó las fórmulas procesales «*ius Flavianum*», en 304 A. C.

2º Cincuenta años más tarde, en 254 A. C. el primer pontífice plebeyo, Tiberio Coruncaino, comenzó a dar consultas públicas sobre materia de derecho.

3º Finalmente, en 204 A. C., Sexto Elio Peto, publicó su *tripartita*, obra en tres libros que constituye el primer tratado sistemático de derecho y se refiere a las XII Tablas, su interpretación y a las fórmulas procesales «*ius aelianum*».

Así, el derecho dejó de estar bajo el exclusivo dominio de los pontífices y su conocimiento se hizo **público**. Es decir, a finales de la República, ya generalizado y secularizado el conocimiento del Derecho, empiezan a emitir libremente dictámenes juristas profanos, que no pertenecen al Alto Colegiado Sacerdotal, y que, naturalmente, carecen de la autoridad oficial necesaria para atribuir a sus opiniones fuerza obligatoria.[10]

---

[10] *Vacca, Letizia, Contributo allo studio del método casistico nel diritto romano, Ristampa con appendice, Milano, Giuffré, 1982, pp. 105 ss.*

Margadant, Guillermo Floris, Derecho privado romano, op. Cit. p.,52

PERÍODO CLÁSICO

- *SÍNTESIS*: El Derecho Clásico coincidía con la llegada de Augusto al poder, en la etapa del Principado, la de mayor brillantez en todos los órdenes, territorial, económico, cultural, artístico y, por supuesto, jurídico. Se crea el Derecho de mayor calidad debido a la labor de los juristas de la época en la resolución de los casos concretos que les son consultados, contando tales soluciones con el *ius respondendi*, o confirmación del emperador, que les convertía en Derecho para casos futuros iguales.

  Existen escuelas de Derecho en esta época; las más improtantes fueron la escuela Sabiniana de corte conservador y realista, y la escuela Proculeyana más innovadora e idealista.

A la época preclásica le siguió la época clásica con el principado de Augusto y terminó con la muerte del emperador Alejandro Severo en el año 235 D. C.

Durante esta época, la **doctrina jurisdiccional** adquirió carácter oficial y alcanzó su máximo esplendor, al grado de ser reconocida como el elemento más importante en la estructura del Derecho romano; detrás de la práctica del pretor y de la legislación popular, que tuvo sus inicios en el periodo anterior a través de la *responsa*, se encontraban los consejos de carácter técnico emitidos por verdaderos juristas. El emperador Augusto confirió a la *responsa* durante su gobierno el carácter de figura pública y alentó su práctica entre los jurisconsultos mediante su estatalización u oficialización en virtud del otorgamiento de autorizaciones imperiales que validaban públicamente su emisión.[11]

La característica fundamental de la jurisprudencia de la época clásica es el **análisis casuístico** llevado a cabo por los juristas. Su actividad fundamental consistía en la elaboración de respuestas, de soluciones, a los casos que les planteaban los particulares y que tenían fuerza vinculante para los jueces, en virtud de la autoridad que le concedía

---

[11] *Vacca, Letizia, Contributo allo studio del método casistico nel diritto romano, Ristampa con appendice, Milano, Giuffré, 1982, pp. 105 ss.*

Margadant, Guillermo Floris, Derecho privado romano, op. Cit. p.,52

el príncipe a los juristas más destacados *el* «*ius publice respondendi ex auctoritate principis*».

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que el mérito de la doctrina jurisdiccional romana producida durante la época clásica no radicó ni en la labor teórica, ni en su producción legislativa, sino fundamentalmente en la forma en que **los juristas resolvían y proponían la solución justa y equitativa de las cuestiones que cotidianamente iban sucediendo**, es decir, los romanos otorgaban gran valor al conocimiento del *iuris prudens*, o jurista prudente y no de la ley, es por eso que el saber del jurisconsulto romano se pondera a través de su hábito práctico para interpretar rectamente las leyes y aplicarlas oportunamente a los casos que se les presentaban.

La actuación del jurisconsulto republicano se desenvuelve a través de las siguientes actividades[12] además de la labor docente que también desempeñaban:

a. Respondere = el *prudens* interpreta el *ius* y emite opiniones y dictámenes generalmente a propósito de un juicio y a solicitud de magistrados, jueces y particulares.
b. Cavere = cuando asiste y aconseja a los particulares en la redacción de cláusulas… explicándoles la importancia y alcances de los tecnicismos jurídicos, actividad ésta, más propia de los notarios (*tabelliones*).
c. Agere = cuando asesora a los litigantes y a sus defensores (*oratores, advocati*), siendo estos últimos los que en la práctica abogan por las partes en juicio.
d. Scribire = consistía en elaborar y publicar literatura jurídica a través de *responsa* (respuesta a consultas), *quaestiones* (sobre casos reales o imaginarios con fines didácticos), *digesta* (colecciones ordenadas con comentarios y casos prácticos), comentarios *ad Sabinum* (acerca del *ius civile*) y *ad Edictum* (acerca del *ius honorarium*), así como monografías relativas a materias específicas del Derecho privado.

El emperador Augusto pretendiendo erradicar los resabios dejados por los juristas ulteriores, así como aprovechar la sabiduría de los jurisconsultos de su época, en beneficio de sus fines políticos, decidió limitar su proliferación, facultando únicamente

[12] *Francisci, Pietro de, Síntesis histórica del derecho romano, op. Cit., p.294.*

a los más destacados para que sólo ellos pudieran emitir dictámenes en nombre del emperador[13].

Otorgó, en los comienzos de la era cristiana, el *ius publice respondendi ex auctoritate Principis* a los más notables juristas de la Roma Imperial, lo hizo en virtud de su reconocida calidad de *iuris prudentis*, es decir, de poseedores de una especial forma de conocimiento jurídico: el «prudencial».

Papiniano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestino, se destacaban entre los hombres de derecho romano por su especial aptitud para investigar cuál era la solución justa para cada uno de los casos concretos sobre los que se les consultaba. Ese conocimiento acertado de lo que era derecho en cada situación singular -llamado *iuris prudentia*- dio posteriormente el nombre, por una derivación lingüística, a la «ciencia del derecho» y a las normas que tienen su origen en las sentencias de los tribunales. Pero con el transcurso del tiempo, el uso de la palabra se fue restringiendo a estas dos acepciones derivadas, sobre todo a la última, sin que el conocimiento de lo justo concreto conservara el clásico apelativo de «prudencial». Lo que es más, la misma palabra *prudentia* fue objeto de un paulatino descrédito, pasando a significar la simple cautela o una actitud de apocamiento o de temor excesivo; para el lenguaje vulgar, el «prudente» se transformó de un virtuoso en un timorato, siempre dispuesto a evitar cualquier riesgo o aventura. Resultaba difícil, por ello, hablar de «prudencia jurídica» como de un modo especial e indispensable de conocimiento del derecho, por lo que pasó al olvido la acepción primera del término, que designaba al conocimiento de lo justo en su máxima concreción.

La *interpretatio prudentium* constituye la parte nuclear del *ius civile* clásico, el *ius civile* propiamente dicho consiste en la sola interpretación de los prudentes (*Digesta* o Digesto de Justiniano D.1, 2, 2,12).

Al lado de las fuentes autoritarias del derecho todas entorpecidas en mayor o menor grado en su eficiencia por haber sido en ciertos momentos la expresión de formas políticas superadas o de sistemas nuevos aún no desarrollados por completo, la jurisprudencia del Principado continuó cumpliendo la misión de guiar la evolución del Derecho.

---

[13] *Kreller, Hans, Historia del derecho romano, Trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Publicaciones Universidad Externando de Colombia, 1966, p.96.*

Después del Imperio de Augusto, se mantuvo la costumbre de los jurisconsultos de emitir dictámenes en nombre del príncipe, es decir, se continuó con el *ius publice respondendi* y Adriano, al final de su mandato imperial, determinó que los dictámenes de los juristas investidos de dicha facultad, tuvieran fuerza de ley.
Es práctica constante, desde el emperador Tiberio, que los juristas más eminentes reciben del emperador el *ius respondi*, o sea el derecho a emitir dictámenes obligatorios para el juez, para el *iudex privatus* nombrado en el proceso, y para el magistrado.

Al referirnos a los magistrados, en este caso lo hacemos en relación con aquellos cuya labor era la de administrar justicia; esto es, los pretores y ediles en la ciudad de Roma y los gobernadores en las provincias… Cuando uno de estos magistrados entraba en funciones generalmente por el término de un año, era usual que publicase un edicto; es decir, una especie de programa en el que exponía la forma en que iba a desarrollar su magistratura…De esta manera al aplicar el derecho de acuerdo con las situaciones que se iban presentando, los magistrados creaban derecho al administrar justicia, aplicaban el derecho civil «*iuris civilis adivuandi*», pero también lo complementaban cuando así se requería «*iuris civilis supplendi*» y, finalmente si era necesario corregían el propio derecho civil «*iuris civilis corrigendi causa*»,…
Por lo tanto, se advierte que a partir de medios procesales, de la acción para aplicar y completar el derecho civil y de la excepción con el objeto de corregirlo, se está creando derecho…Este derecho creado por los magistrados se llama derecho honorario -*ius honorarium*- y como dice Kunkel (Historia del Derecho Romano), no constituyó un cuerpo cerrado frente al derecho civil, con el que sólo excepcionalmente se contrapone, como en el caso de la propiedad o de la herencia en donde incluso existe una doble reglamentación.
En la mayoría de los casos sin embargo, el derecho honorario se limitó a ayudar, completar o corregir al derecho civil, partiendo de él para conformar juntos un todo armónico: el sistema jurídico romano.

Durante esta etapa se entendía por jurisprudencia a aquellas opiniones emitidas por los jurisconsultos sobre las diversas cuestiones que se les planteaban, ya fuesen presentadas por particulares, o por los propios magistrados. Fueron pues, los jurisconsultos los que al interpretar el derecho le otorgaron a éste un carácter doctrinal…Los primeros

jurisconsultos fueron los sacerdotes y de ellos los pontífices quienes, además de tener el monopolio de las fórmulas procesales, se dedicaron a interpretar el derecho, fijando el contenido y alcance de la Ley de las XII Tablas, primera gran ley escrita del Derecho Romano.

La decadencia de esta época comenzó cuando los emperadores se dedicaron a emitir personalmente los edictos, decretos, mandatos y epístolas imperiales, por intercesión de los jurisconsultos como simples consejeros o asesores jurídicos.

Estos acontecimientos provocaron que la participación de los juristas en la elaboración del derecho, se redujera a una simple actividad de colaboración pública, en su calidad de funcionarios del poder estatal supremo, lo cual trajo como consecuencia natural, una rápida decadencia de la doctrina jurisdiccional clásica en la época tardía.

Durante el siglo II, se dejó sentir, cada vez más intensamente, la necesidad de ordenar dos sectores del derecho positivo: la «*iurisprudentia*» y las constituciones. En verdad faltaban bibliotecas que reunieran sistemáticamente todas las disposiciones vigentes; además, como todavía no existía la imprenta, los libros se copiaban a mano. ¿Quién podía garantizar entonces la autenticidad de opiniones atribuidas a jurisconsultos investidos de «*ius publice respondendi ex auctoritate principis*» Era prácticamente imposible a abogados y jueces conocer el derecho positivo y se imponía una depuración general.

Así, en esa época existió la figura del Juez-Rey o princeps romano; como ejemplo de ello puede citarse la actuación de Antonio Pío y de Marco Aurelio, quienes lucieron con gloria y esplendor en el campo jurídico gracias a que contaban con la asesoría de los más grandes juristas de la época.

La legislación quedó en manos de los órganos republicanos y fue dirigida sólo de modo indirecto por el princeps que actuaba creando de manera independiente nuevas normas jurídicas. El ámbito de poder casi ilimitado del princeps y la duración vitalicia de su mandato conferían a sus prescripciones una autoridad que las decisiones de los magistrados republicanos anuales nunca habían tenido.

PERIODO POSTCLÁSICO

- *SÍNTESIS*: Este periodo se extendió desde el fin del Periodo Clásico hasta el año 528 d.C. fecha en la que se traslada la capital de Roma a Bizancio, tras la pérdida de algunos territorios. El Imperio absoluto se impone como forma de gobierno, y el florecimiento anterior comienza a decaer irremediablemente. Tras la constitución de Caracalla todos los habitantes del Imperio Romano pasaron a ser ciudadanos romanos. El Derecho entró en una grave crisis por diversas causas, tales como la concentración de poderes en manos del emperador; la desaparición del *ius respondendi*; su desconocimiento por los jueces, lo cual arrastró a su vulgarización; y la influencia del cristianismo que, en muchos puntos, se contraponía al Derecho Romano.

PERIODO JUSTINIANEO

- La labor codificadora no se inició hasta el Derecho Postclásico con las compilaciones de Justiniano, por ese motivo dentro de éste periodo podemos incluir otra etapa conocida con el nombre de ÉPOCA JUSTINIANEA que arranca con la figura del emperador Justiniano, que pretendió restaurar la gloria y esplendor que tuvo el Imperio Romano. El emperador estimó que el Derecho Romano clásico era el de mayor calidad, por lo que merecía ser recopilado y por ese motivo cumplió con ésta labor mediante el compendio conocido como Corpus Iuris Civilis que estaba compuesto por el *Digestum*, *Codex*, *Novellae e Institutiones* y que constituye la mayor parte del Derecho Romano que conocemos en la actualidad.

A esta época se le conoce también con el nombre de Derecho vulgar o Periodo clásico tardío.[14]

El establecimiento de la monarquía absoluta, que concentró todos los poderes en un solo hombre, trajo como consecuencia el surgimiento de un derecho escrito de origen legislativo, lo que, evidentemente, provocó que los responsa de los juristas ya no constituyeran el principal instrumento de solución de los problemas jurídicos que la realidad planteaba; sino de cuestiones generales y abstractas.

---

[14] *Vacca, Letizia, Contributo allo studio del método casistico nel diritto romano, Ristampa con appendice, Milano, Giuffré, 1982, pp. 105 ss.*

Margadant, Guillermo Floris, Derecho privado romano, op. Cit. p.,52

Así, en el año 528 d.C., Justiniano mandó compilar los *ius publice respondendi*, cuya colección conocemos con el nombre de Digesto Romano el cual contiene doctrina tanto jurídica como jurisdiccional y leyes de 39 peritos privilegiados con el *ius publice respondendi*, junto con la de otros juristas que carecían de dicha facultad, pero que gozaban de la simpatía de Justiniano, quien ordenó que también se incluyeran.

En ese documento se recogió una de las definiciones clásicas del concepto de Jurisprudencia a la que con anterioridad ya hemos hecho referencia y que fue elaborada por el propio Ulpiano, quien expresó que la Jurisprudencia es «la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto».

Al no gozar ya del *ius publice respondendi*, los juristas dejaron de dar soluciones a los problemas jurídicos concretos que se les planteaban, para dedicarse a la enseñanza y a desempeñarse en cargos públicos; lo cual provocó que la jurisprudencia se convirtiera así en la ciencia del derecho.

La codificación propuesta por Justiniano apareció en el año 533 d.C. y entró en vigor en el Imperio Romano de Oriente, cuando se reconquistó Italia, también allí se estableció dicha codificación llegando a ser conocido en Occidente; la gran obra de Justiniano es el *Corpus Iuris Civilis* es decir el cuerpo de derecho de los ciudadanos romanos que comprendía el Código o *Códex* (que eran códigos imperiales), el Digesto (jurisprudencia), la *Instituta* (tratado elemental de derecho romano) y las *Novellae*.

El proceso de transformación de la jurisprudencia como acumulación de experiencias a una ciencia del derecho, se enfrentó a los problemas fundamentales que ofrece la construcción de cualquier ciencia, la cual debió ser fundamentada en principios generales ya que eran éstos los únicos instrumentos con los que se contaba en esa época.

De esa forma, surgieron las definiciones de los conceptos jurídicos más importantes, sin mayor método que el de hacer uso de inducciones como premisas para la deducción de enunciados. Es así como la jurisprudencia se convirtió en un instrumento que detectaba y prevenía problemas que aún no habían ocurrido en la práctica, alejándose de esa

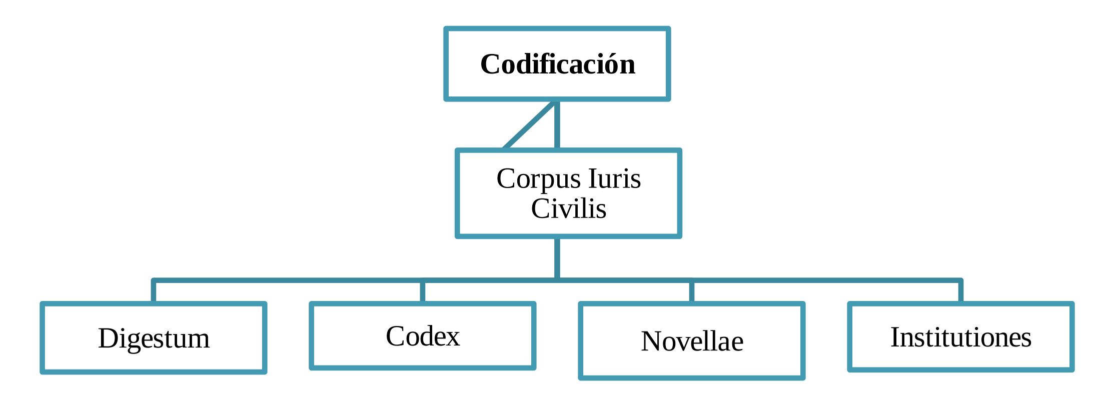
manera del planteamiento de soluciones para cada caso concreto. Nació así la concepción de predicabilidad sobre la solución de controversias.
La práctica imperial de concesión del privilegio a juristas destacados finalizó con el emperador Tiberio.
Los conceptos descritos son conocidos a la fecha gracias a la labor desarrollada durante la edad media por el grupo de estudiosos de historia y del derecho de tiempos de Justiniano llamado “Los Glosadores”.

El trabajo de los Glosadores, particularmente el referido a las leyes de los tiempos de Justiniano, lo denominaron *Corpus Iuris Civilis*, el cual comprendía la legislación de Justiniano que se encuentra en las siguientes obras: *Las Instituta, el Digesto, el Codex y las Novellae*.

Se reconoce en la tradición romana la existencia de elementos de valoración auxiliares a la ley a los cuales pueden acudir los jueces para guiar su decisión, como son las opiniones paralelas al texto de la ley y que adquieren un valor relevante cuando se trata de criterios derivados de la apreciación de casos concretos o casuismo, estos elementos adicionales para la interpretación de los estatutos son útiles para corregir por los juzgadores las insuficiencias o defectos del derecho contenido en leyes.

La reverencia hacia el derecho preestablecido y el derecho escrito como su principal manifestación, pasó de Roma, a las tradiciones jurídicas francesas y españolas, entre otras, y desde aquéllas, llegó a los pueblos latinoamericanos.

Los anteriores elementos, generalmente, han sido considerados como el origen histórico de la actual institución de la Jurisprudencia



El jurista romano

La importancia del jurista romano y su función creadora del Derecho

La figura del jurista romano[15] encarna el tipo popular romano, las aptitudes y tendencias del pueblo. El romano, considerado en toda la excelsa magnitud de su misión histórica, se personifica en el jurisconsulto, en el que se concentran los ideales máximos del genio romano. En cada época histórica y en cada pueblo existe un personaje representativo: en Grecia el filósofo y el artista, y en Roma es el jurista, padre del Derecho.
El jurisconsulto romano y su carácter profundamente humano y realista, noble personaje, que supo hacer del Derecho un arte y una ciencia, con un apasionado sacerdocio de la justicia. Porque estudiar la dedicación del jurista romano a la práctica y a la vida es investigar el origen del Derecho y su formación lenta y definitiva en un armonioso cuerpo que pervive a través de los siglos. En el alcanzar y percibir claramente la misión del jurisconsulto y su función jurídica realista y práctica, creemos está la solución de cuantos problemas se han planteado en torno a la técnica jurisprudencial.

Ulpiano juzga y califica la misión del jurisconsulto, describiéndole como sacerdote en el culto de la justicia, sabia en el conocimiento de lo bueno y de lo equitativo, perfecto analizador de lo que es justo y de lo que es injusto, de lo lícito y de lo ilícito, y ello con una finalidad práctica bien clara y resuelta para hacer a los hombres buenos mediante un equilibrado sistema de premios y castigos.

Como dice Ihering, el jurista es un personaje omnipresente en la vida romana; el *iurisprudens* es el conocedor de todas las cosas divinas y humanas, y sobre todas se requiere su orientación y su consejo[16].

[15] *GARCÍA GARRIDO, M., Casuismo y Jurisprudencia Romana, Santiago de Compostela, 1965.*

GARCÍA GARRIDO, M., Casuismo y Jurisprudencia Romana. Pleitos famosos del Digesto, Madrid, 1973

[16] *Cicerón, De orat., I, 43.192: …omnia sunt posita ante oculos collocata in uso cotidiano, in congressione hominum atque in foro.*

Juan Ramón Robles, Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma, 1987

El jurista es un técnico en las tres funciones principales de encauzamiento y dirección de la vida jurídica: mediante los **responsa** contesta a las consultas que se le hacen sobre casos reales y debatidos, dotando sus opiniones de toda clase de datos y circunstancias que califican especialmente la cuestión tratada, y reafirmando sus argumentos con opiniones de juristas precedentes; de la rica casuística que resulta del os responsa, abstraen pero con suma cautela, una serie de principios comunes y generales, pero sin perder nunca de vista la finalidad práctica originaria, y solamente como medio técnico y favorecedor y simplificador de nuevas decisiones.

La actividad del *agere* consiste en la dirección del proceso, dando a la parte una nota escrita de la *legis actio* o *formula*, o acompañando al interesado ante el magistrado y sugiriendo las palabras a pronunciar o los actos a cumplir.
Por último, mediante el *cavere*, los juristas intervienen en la vida negocial y en el tráfico jurídico, señalando una línea recta de actuación para evitar perjuicios a las partes, pulsando las necesidades económicas y sociales y proveyendo a ellas con nuevos medios cada vez más extensos y abiertos.[17]

En todas estas funciones el jurista persigue, ante todo, la actuación de la justicia, procurando siempre el *ius suum cuique tribuere* en los inevitables conflictos de intereses.

En este ***ars boni et aequi***, es decir, el arte de lo justo y lo equitativo, reside la verdadera labor de la Jurisprudencia.

No se puede confundir el jurisconsulto con el abogado u *orator*. Mientras el jurisconsulto es el que da dictámenes y evacúa consultas, el abogado u *orator* es el que trata la causa mediante peroraciones o informes ante el juez o tribunal, presentación y desarrollo de pruebas, examen de testigos,…

El jurisprudente orienta al cliente ilustrándolo sobre el Derecho aplicable a su caso y aconsejándole la fórmula más idónea para recurrir ante el pretor, y el *orator* lo acompaña y ayuda en la batalla forense.

---

[17] *D'Ors, De la prudencia iuris a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Información Jurídica, 55, pág.68*

En Roma, ambas funciones estaban perfectamente separadas y tenían su esfera de aplicación en las dos fases en que se dividía el *ordo iudiciorum privatorum*: la fase *in iure* ante el pretor y la fase *apud iudicem* ante el juez.
En la primera fase se fijaban los términos de la controversia y el Derecho aplicable al caso mediante la realización de los ritos y declaraciones solemnes de las acciones de la ley o la redacción de la fórmula, mientras que en la segunda el juez pasaba a examinar las circunstancias de hecho y valorarlas mediante las pruebas para condenar o absolver al demandando de acuerdo con lo establecido ante el pretor.
Misión propia del jurista es aconsejar a las partes sobre los medios procesales más adecuados apara plantear el litigio sobre el derecho que le asiste; en cambio, el abogado acompaña al cliente en los trámites procesales e interviene en la presentación de las pruebas.

En circunstancias normales los abogados estaban asistidos por juristas que les servían de consejeros. Cuando el proceso en la *cognitio extra ordinem* se tramita ante el juez magistrado, ambas funciones de jurista y de orador comienzan a fundirse y, al tramitarse juntas las cuestiones jurídicas con los supuestos de hecho y con las pruebas, el Derecho desciende de nivel científico.

Admiramos a los juristas como modelos porque mediante su tarea de elaboración casuística, decidiendo sobre los numerosos incidentes o facetas que la oposición de intereses humanos planteaba, supieron elaborar unas reglas e instituciones jurídicas que han servido de fundamento al Derecho de todos los tiempos.

Sistemas jurídicos

El método casuístico romano

Es tradicional escribir sobre el casuismo de la Jurisprudencia romana[18], como contrapuestos a la ciencia y métodos actuales del Derecho, y especialmente a la generalización y a la abstracción.

La jurisprudencia romana tiene una técnica peculiar y se vale de unos procedimientos propios en la formación del Derecho sin considerar las sutiles distinciones que hace la doctrina moderna.

El jurisconsulto romano elaboraba y renovaba continuamente el orden jurídico valiéndose de medios y procedimientos consagrados por una práctica multisecular, y lo suficientemente eficaces y seguros para no tener que justificarlos.

Toda investigación del método y la técnica utilizados por los juristas debería prescindir de cuanto no fuese empleado y ensayado por ellos mismos, aislándolo y separándolo de todo pensamiento y sistema posterior, especialmente de aquellas generalizaciones y abstracciones muchas veces peligrosas, que entorpecen e impiden un análisis claro y preciso del tecnicismo jurídico romano.

Para los juristas romanos el Derecho fue un arte «**ars boni et aequi**», una actividad profundamente humana siempre dominada por esos constantes principios de lo bueno y de lo justo.

Partiendo de las actuales concepciones, se han hecho críticas a la actividad de la Jurisprudencia, pero pese a todo, no puede negarse la fecundidad del casuismo jurisprudencial, pues el verdadero carácter de la Jurisprudencia es su método casuístico mediante el cual llevó a cabo una obra delicada de análisis y de reconstrucción, lenta, pero eficaz y útil, sin atender a consideraciones de perfeccionamiento exterior que no fueran dirigidas a su fin práctico.

[18] *García Garrido, M., Casuismo y Jurisprudencia Romana, Santiago de Compostela, 1965.*
García Garrido, M., Casuismo y Jurisprudencia Romana. Pleitos famosos del Digesto, Madrid, 1973

La ***aequitas*** es una palabra que proviene del adjetivo *aequus* (igual) y que a su vez deriva de *aequor* (llano), las llanuras del campo y la del mar. Hace pues relación a una idea de igualdad en el sentido de tratar del mismo modo a las cosas iguales. Pero en Roma la palabra *aequitas* tiene una significación distinta según la época en que se encuentre el Derecho:

a. Época del Derecho antiguo y clásico. **[**aplicación del derecho con justicia**]**

   Tiene una significación semejante a la de justicia; así, cuando en las fuentes se dice de algo que «*aequum est*» significa que eso es justo con arreglo a un principio de justicia objetiva.

   Por ello Celso define el derecho como «*ars boni et equi*» (el arte de lo bueno y lo justo); y por ello también Gayo, en sus *Institutione*s, al referirse al Derecho pretorio dice que está basado en la *aequitas*, refiriéndose también a las *iniquitates* de las XII Tablas.

   La *aequitas* es pues, en estas épocas, un criterio de valoración del derecho positivo.

b. Época postclásica y bizantina. **[**aplicación del derecho de forma benévola**]**

   En estas épocas se considera que es un criterio en la aplicación del derecho; consiste en aplicar el derecho con templanza, con benignidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

   En éste sentido la *aequitas* coincide con la *epieíkeia* aristotélica, y entonces se *opne el ius* en sí mismo considerado como algo seco, frío, rígido, lo que se llama *ius strictum*.

   Y así se formula un aforismo que tiene antiguas raigambres y que ejerció gran influencia en el desarrollo del Derecho romano, a juicio de Stroux: «*súmmum ius, summa iniuria*», lo que quiere decir que la aplicación rígica del derecho puede llevar a cometer la mayor injusticia.

   Se considera que este aforismo fue un gran estimulante para la labor creadora de la jurisprudencia romana. [19]

[19] *García Garrido, M., Casuismo y Jurisprudencia Romana. Pleitos famosos del Digesto, Madrid, 1973*
Álvarez Suarez, U., Instituciones de Derecho Romano – I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos.

La concepción romana del Derecho romano

El "Derecho del caso" aleja al Derecho romano de la estructura normativista a la que responde el modelo continental de ordenamiento jurídico, y lo acerca a posiciones realistas y más próximas al Sistema Anglosajón, que llevan a entender por derecho "aquello que aprueban los jueces". El jurista y su función se sitúan en un plano creador y no de simple aplicador de normas legales.

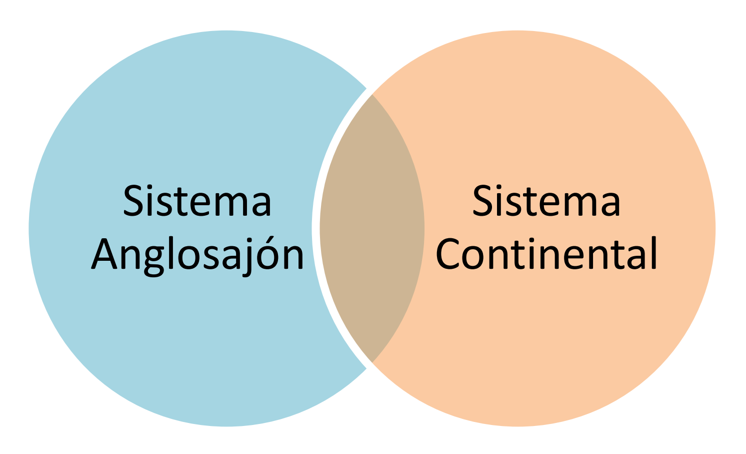
Al ser la norma legal un criterio más se entiende que el derecho surge como realidad cuando el jurista formula el criterio que a su parecer es aplicable al caso concreto, que resultará eficaz, convirtiéndose en derecho, a través del conocimiento judicial; en consecuencia, en la búsqueda del derecho ha de irse antes a la Jurisprudencia que a la ley, y ello incluso cuando el ordenamiento jurídico presenta una estructuración legal de la normatividad. En efecto, las decisiones judiciales señalan la norma encontrada, entre las muchas que desde el corpus legislativo pueden ser traídas al caso; precisa el significado real que adopta el contraste con los hechos y precisa el cauce procesal que hubo de seguirse, y habrá de repetirse, para hacer eficaz la ratio iuris.

En este orden de idea y por lo que se refiere al derecho romano, constituye un elemento esencial del pensamiento de Kaser la concepción según la cual la determinación del *ius* no se puede hacer más que a propósito de cada litigio; al descubrirse el derecho en una revelación fragmentaria de proceso en proceso, surge el precedente que incorporado al sistema de precedentes permite alcanzar reglas de derecho, alejadas de la abstracción por su vinculación al caso.

El jurista no puede operar sobre el *ius* a su capricho, porque suya es la técnica, suya es la ciencia pero no las rutas mentales que le vienen marcadas con la conciencia social. La confianza puesta por el pueblo en el jurista no es incondicional, pues el pueblo le quiere intérprete de sus propias ideas y creencias. A lo que el jurista no podrá ir más allá de la analogía.

El casuismo aparece como algo más que un resultado. Es, en verdad, una nueva actitud metodológica que combinada con el método histórico crítico, en la depuración de los textos que contienen las soluciones magistralmente obtenidas por los juristas romanos,

permite abrir nuevos horizontes al derecho romano, tanto en la investigación como en la docencia. En esa línea se ha orientado, en efecto, un importante sector de la romanística moderna.



SISTEMA ANGLOSAJÓN

La fuente principal tanto de conocimiento como de producción del Derecho inglés está constituida por el **case-law**. El *case-law* lo podemos entender como aquel conjunto de principios, reglas y parámetros de juicio que se han ido creando a partir de precedentes, es decir, a partir de las decisiones de los casos resueltos con anterioridad.

Es importante conocer el precedente en el sistema jurídico del *Common Law*[20] o Sistema Anglosajón; en el siglo XI se produjo la conquista de los Normandos en Inglaterra, proclamándose la victoria del Rey normando Guillermo el Conquistador el año 1066. A partir de entonces convivieron en la isla los pueblos originarios y los invasores, lo que produjo que se fusionaran los derechos, especialmente costumbristas, de los anglosajones, celtas, romanos y normandos. Esto fue posible debido a que Guillermo el Conquistador respetó la *lex terrea*, creando así, un Derecho distinto al de los otros pueblos europeos, que refleja el espíritu de una nación con una mentalidad política y cultural propia.

Los jueces del Rey tenían que resolver los litigios sin que existiera un cuerpo normativo completo al que pudiesen acudir. Las costumbres que regían en aquel tiempo, debido a su alcance muy limitado, solo en pocos casos podían ser de ayuda para la resolución de

[20] *Victoria Iturralde Sesma, El precedente del Common Law, 1995.*

las controversias. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurrió en los países del Continente Europeo, Inglaterra no conoció el fenómeno de la recepción oficial o de hecho del Derecho Romano. De modo que los jueces tuvieron necesidad de buscar y elaborar por su cuenta los criterios que podían usar para resolver los asuntos judiciales.

La práctica judicial de seguir los principios establecidos en las decisiones de casos anteriores fue al comienzo facultativa y poco a poco se tornó obligatoria.

Por el principio «*stare decises et quieta movere*» los jueces debían respetar lo decidido anteriormente y no cuestionar los puntos de Derecho ya resueltos.

La decisión judicial, además de resolver una controversia, establece un precedente que sirve de fundamento para la solución de casos futuros semejante.

En la Edad Media, en la Europa continental la autoridad del rey era omnipotente, contrariamente, en Inglaterra, antes de la invasión normanda, el señor feudal era muy poderoso, los jueces dependían de él y no de un casi inexistente poder central. El poder de los señores feudales obligó a los reyes normandos a que gobernasen con asistencia o a través del consejo real (*curia regia*) integrado por los señores feudales más notables.
Las funciones de gobierno se encomendaron a los ministros de la corte y la función legislativa al Parlamento del rey. La función jurisdiccional se hizo a través de tres instituciones:

1. *Court of King's Bench* (asuntos administrativos).
2. *Court of Common Pleas* (controversias civiles).
3. *Court of Exchequer* (asuntos tributarios).

Sobre la base de estas cortes se ha configurado la organización actual de los tribunales, a partir de las leyes *Administration of Justice* Act (1970) y *Court Act* (1971).
En materia penal es original la institución del jurado. Las cortes convirtieron a las costumbres feudales, de las tribus sajonas primitivas y de los pueblos invasores, en el *Common law* (Derecho común).

Al interpretar y aplicar el Derecho existente, especialmente costumbrista, a la solución de casos concretos crearon precedentes obligatorios para ellas mismas y para las cortes

inferiores, precedentes que ni ellas mismas podían cambiar, salvo por razones de trascendencia, lo que brindó predictibilidad al Derecho, evitó que el rey, sus ministros o el parlamento atentaran contra lo que se había venido considerando como justo o legal, lo que determinó que el *stare decises* se erija como un principio democrático.

En definitiva, anteriormente el Derecho Inglés era consuetudinario pero con el paso del tiempo, como los jueces no podían decidir en forma distinta donde existiese la misma razón, el Derecho consuetudinario se convirtió en jurisprudencial. Por tanto lo que se decidiese en un caso concreto se convertía en norma general.

El precedente o *stare decises* del *Common law* debe ser publicado para generar transparencia y consolidar la seguridad jurídica. Del Sistema Anglosajón podemos diferenciar dos elementos:

a. La ***ratio decidendi* o *Holding***.
   Es el argumento que motiva la decisión normativa de una sentencia, es decir, el núcleo central de la decisión o la razón de la decisión. La *ratio decidendi* se determina analizando los hechos materiales de la sentencia y su fundamentación.
b. El ***obiter dictum***.
   Se refiere a aquellas consideraciones que no son necesarias para la solución del caso, sólo sirven para robustecer la razón de la decisión, corroboran la decisión pero no tienen efecto vinculante, tienen solamente una función complementaria. Si el *obiter dictum* se elimina, la decisión normativa de la sentencia sigue siendo la misma.

El sistema del *Common law* es seguido por los países que se inspiran en el modelo del Derecho inglés: Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido.

El *stare decises* se puede llegar a derogar por diferentes motivos concretos:

- Cuando en circunstancias extraordinarias el Tribunal Supremo decida modificar su decisión pasada, “overrule or overturn”.
- Por la dación de una ley del Parlamento.
- Por disposiciones ministeriales “orders in cousil” dictadas en cumplimiento de autorización parlamentaria o, en uso de la regia prerrogativa.

SISTEMA CONTINENTAL

El Derecho continental europeo, que en ocasiones lo podremos encontrar mediante la denominación de Sistema romano francés o Sistema romano germano francés, es el sistema jurídico derivado de aquél aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el Derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento de la Ilustración, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia.
Su característica principal la encontramos en su principal fuente la cual es la Ley, antes que la jurisprudencia, y también porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados, comúnmente conocidos como códigos.

Éste sistema de derecho se basa sobre todo, en la normativa emanada por los poderes legislativo y ejecutivo. De estos órganos emanan normas dotadas de una legitimidad democrática que son interpretadas y aplicadas por el poder judicial.

La norma jurídica, que es genérica, surge de la ley y es aplicada **caso por caso** por los tribunales.

La jurisprudencia se limita al ámbito de interpretación de la normativa vigente. Las sentencias sólo obligan a los tribunales inferiores a aplicar la norma según esa interpretación.

Pero a lo largo de los años el precedente jurisprudencial ha ido adquiriendo especial importancia en el derecho continental, en especial ante la necesidad de otorgar predictibilidad a los procesos judiciales, incluso en ciertos ámbitos el precedente puede resultar obligatoria.

La jurisprudencia constitucional en el Derecho español

La jurisprudencia es la doctrina establecida por el TC en el fallo y los fundamentos jurídicos de las resoluciones motivadas que dicta que contiene una interpretación de la Constitución y de las normas infraconstitucionales.

Tal y como proclama el artículo 1.6 del Código Civil estatal español "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho."

La Constitución Española no establece directamente el carácter de fuente del Derecho de la Jurisprudencia. Pues que se considere como tal se deriva de los siguientes matices:

- Del concepto normativo de Constitución del artículo 9.1 el cual afirma que la supremacía de la Constitución implica que el Tribunal Constitucional, la poder anular las leyes inconstitucionales, modifica o innova el ordenamiento jurídico.
- De la legislación postconstitucional:
  Ley Orgánica del Tribunal Constitucional = interprete supremo, sus sentencias vinculantes para los poderes públicos y con efectos generales y corrigen la jurisprudencia ordinaria.
  Ley Orgánica del Poder Judicial = vinculantes para los tribunales ordinarios. (5.1)

La posición de la Jurisprudencia en el sistema de fuentes: su rango normativo.
a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se integra en el ordenamiento jurídico con el mismo rango que la norma interpretada.

b) La jurisprudencia interpretativa de la Constitución Española tiene el mismo rango normativo que la Constitución y superior a las leyes.

c) La Jurisprudencia sobre las normas infraconstitucionales: tiene el mismo rango legal que la norma interpretada, ley o reglamento.

La vinculación de los tribunales ordinarios a la Jurisprudencia: los tribunales ordinarios están vinculados por la Jurisprudencia constitucional pues ésta corrige la jurisprudencia ordinaria (161.1.aCE y 40.2LOTC). La interpretación de la Constitución española contenida en ella vincula a los jueces y tribunales ordinarios (1.1LOTC y 5.1 LOPJ)

La jurisprudencia se integra en el sistema de fuentes del artículo 1.1CC como ley, no en la jurisprudencia ordinaria del artículo 1.6CC.

El Derecho romano como eje vertebrador del Derecho europeo

La cultura jurídica europea.

La cultura jurídica Europea se encuentra fundamentalmente vinculada a la tradición jurisprudencial del Derecho romano[21].

La decadencia de Europa debía afectar gravemente al fundamento del estudio del Derecho romano, no con la misma intensidad en todos los países europeos.
Alemania es el país que más tarde llegó a esa consolidación estatal; es la nación de las contradicciones y lo desmedido. En ningún otro lugar se combatió con más saña el Derecho romano, ni experimentado en su estudio unas altas y bajas más bruscas que en Alemania.

La cultura europea es lo que más ha contribuido a formar Europa como realidad, es el resultado del choque del germanismo con el cristianismo y con la cultura latina de Roma, asociada íntimamente a éste.

La formación clásica empieza a desaparecer debido en parte a la progresiva tecnificación de nuestra cultura, que hace posible una formación cultural sin latín y "libre de Roma"; y en parte también a la exaltación de las masas desconocidas del latín, las cuales adoptan una actitud fría respecto al cristianismo, lo cual hace imposible toda relación de carácter positivo en orden a la cultura romana.

---

[21] *Laura Solidono Manuoti, La Tradiziones romanística nel dirito europeo I, 2011.*
Reinhard Zimmermann, Europa y el Derecho romano, 2009.

Problemática entorno a la unificación del Derecho europeo.

La idea de la unificación europea es muy cambiante debido a que está sujeta a un conjunto de componentes políticos y económicos que marcan las pautas y en según el momento en que se encuentren, pueden quedar muy afectadas.
Intentar una unificación del Derecho europeo con el gran número de países que a día de hoy forman el continente europeo resulta una tarea muy compleja, pero no debería darse por imposible.

Atendiendo a la **recepción del Derecho romano en distintos países de la Unión Europea**[22] debemos destacar que la recepción no se ha producido en todas las épocas ni tampoco en todos los países, por ese motivo se tienen que realizar distinciones según el territorio y momento histórico en el que nos encontremos.

Paul Koschaker, afirmó que si hay un eje unificador europeo éste es el Derecho Romano; Koschaker decía que este Derecho era un Derecho natural que se obtiene no por la vía de la especulación sino por la vía de la razón con un estricto rigor histórico mediante la comparación de los sistemas de Derecho privado europeo.
El Derecho Romano es pues el único elemento unificador de todos estos sistemas, es un Derecho que condensa la experiencia jurídica de los pueblos que conjuntamente con su cultura ha cooperado en la formación de Europa.

Debemos tener en cuenta que siempre hay un fenómeno común, un fenómeno en el que se inició todo. En el siglo XI gracias a la Universidad de Bolonia surge un fenómeno que trata de sustituir a un Derecho tradicional por un Derecho romano mucho más perfeccionado.

Pero es importante que nos planteemos qué puede suceder si una futura Europa unida llegara a la pretendida unificación jurídica, y si en ésta unificación tendrá algo que decir el Derecho romano.

---

[22] *Luis M. Robles, conferencia de Derecho Romano y la unificación del Derecho Privado Europeo, Sevilla 2014.*

El derecho romano siempre ha sido el Derecho común europeo, porque lo fue en Bolonia y lo ha seguido siendo hasta el siglo XX, y prácticamente lo ha sido siempre; con Justiniano, Carlomagno,…

Es en el siglo XII cuando se consagra como la razón escrita frente a las costumbres locales que no estaban escritas; entonces es cuando la obra de Justiniano se convierte en el arquetipo del Derecho europeo, comportando que se podía recorrer toda Europa y encontrar unas normas comunes en toda ella.

Por ese motivo no supondría ninguna dificultad pensar que el Derecho romano pueda tener cabida, aunque sea de forma mínima, en todo aquello que depare el futuro de Europa.

Sentencias

Hemos considerado que resultaría interesante añadir al presente trabajo una sentencia para que de una forma sencilla se pueda entender todo aquello a lo que nos hemos estado refiriendo a lo largo de las anteriores secciones. Todo lo que hace referencia a la resolución de casos en nuestro Sistema Continental.

Mediante un pequeño resumen que disponemos a continuación y, si les apetece, la completa lectura de la misma que podrán encontrar anexada al final del trabajo, podrán observar un como Jueces-Magistrados, Letrados y juristas en general se centran en la comparación de resoluciones de sentencias anteriores para poder dar con la solución a un caso que se les plantea.

Dicho esto, la sentencia que se ha decidido tratar y que versa sobre ejecución hipotecaria responde a la siguiente referencia "**STC158/1997, de 2 de octubre de 1997**" y el proceso de resolución es el siguiente:

La parte demandante en representación de su Procuradora presenta recurso de amparo contra un Auto de 16 de octubre de 1990 por el que, con estimación del recurso de apelación en el procedimiento judicial sumario, se acordó dar posesión a la parte demandante en ese caso, una entidad bancaria, del piso hipotecado objeto de dicho procedimiento.

La situación es la siguiente: Un matrimonio decide hipotecar su vivienda en garantía del préstamo concedido por dicha entidad bancaria, y desatendido el préstamo el Banco, previo requerimiento de pago, interpuso el procedimiento de ejecución (131LH), así como la solicitud de requerimiento de desalojo a los ocupantes de la vivienda, que en ese momento eran la presente demandante en concepto de arrendamiento, cosa que el Juzgado desestimó.

Esa resolución de apeló y la Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso y acordó dar posesión al Banco del piso hipotecado y ordenó requerir el desalojo de los ocupantes.

Esta demanda funda la queja de amparo en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce por nuestra Constitución en su artículo 24.1. Pues se ordena en lanzamiento de quien ocupa la finca ejecutada en su calidad de arrendataria, pues esta medida no puede realizarse sin que previamente se le dé la oportunidad de ser oída en proceso contradictorio en el que pueda hacer valer sus derechos.
Por ese motivo el Juzgado que se encontraba resolviendo este caso decidió que no podía ordenar el lanzamiento del arrendatario del piso adjudicado en el proceso hipotecario, pues ello equivaldría a decidir la resolución del arrendamiento lo que, no constituía objeto de dicho procedimiento.
Se acuerda admitir a trámite el recurso de amparo solicitado. Y en la demanda queda cuestionada la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, en cuanto su aplicación pudiera determinar el desalojo de quien, ocupando la finca ejecutada, no fue parte ni pudo ser oído en el proceso y resultaba así indefenso.

En los fundamentos jurídicos que preceden en la presente sentencia se realiza el estudio de sentencias anteriores de contenido similar al presente, por ejemplo: STC 41/1981, STC 64/1985, STC 8/1991. Mediante el estudio de su doctrina se llega a la misma conclusión en orden a la garantía de indefensión.
Sin embargo encuentran que la STS 6/1992 se considera que no se vulneran los derechos de defensa, pues queda abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos. En un mismo sentido encuentran la STS 21/1995.

Finalmente se decide desestimar el amparo por cuanto el recurso se fundaba en la lesión del derecho a la tutela sin indefensión del arrendatario recurrente. Pero se procede a la realización de un VOTO PARCITULAR formulado por los Magistrados, que resultan disidir sobre dicha desestimación.

Se centran en el estudio de jurisprudencia para fundamentar su posición ante dicha situación. Según el criterio del Magistrado y siguiendo la doctrina de la SSTC 6/1992 y 21/1995, considera que se debe otorgar a la recurrente a quien, sin ser oída ni haber sido parte en el procedimiento sumario, se la requiere para el desalojo de la vivienda objeto de dicho procedimiento.

Consideran que la SSTC 6/1992 y 21/1995 no contradicen la doctrina de la STC 41/1981 ni de las posteriores a éste que se apoyan en su fundamentación. La supuesta contradicción es inexistente según resulta de comparar el caso resuelto y la fundamentación de la STC 41/1981 y las que siguen su línea doctrinal y el objeto de la argumentación de la STS 6/1992 en la que se basa también la STS 21/1995, cuya doctrina estiman de aplicación a este caso.

Resulta fácil poder comprobar cómo se procede a realizar una comparación de distintas sentencias, incluso en según qué momento se menciona de forma explícita: "del análisis comparativo entre ambas Sentencias, resulta claro que no hay contradicción apreciada para su avocación al Pleno, sino que las diferencias de los casos resueltos por una y otra exigían soluciones distintas."

A medida que vamos procediendo a la lectura del presente voto particular llegamos a un punto en el que vemos lo que podría ser una innovación respecto a este tema, un punto de vista y una forma de resolver en ésta dirección y ámbito que a partir de éste momento podrá cambiar.
Este momento lo encontramos en un párrafo que dice lo siguiente "para tratar de armonizar dos líneas jurisprudenciales que no se contradecían en nada -la encabezada por la STC 41/1981 y la contenida en la STC 6/1992-, se rompe ahora por la Sentencia de la mayoría una doctrina constante y uniforme que este Tribunal viene manteniendo en centenares de Sentencias: el art. 24.1 C.E. no tolera "en ningún caso" que la tutela judicial efectiva produzca la indefensión material de los afectados por las resoluciones judiciales.
(...)Esta doctrina, quizá la más reiterada de este Tribunal, no se contradecía en manera alguna, como hemos visto, por la STC 41/1981, a cuyo contenido íntegro nos remitimos. Esta doctrina se contradice ahora por la Sentencia de la mayoría.
Esta conclusión, absolutamente contradictoria en sí misma, no sólo vulnera la doctrina constitucional que hemos citado y que, en cumplimiento del mandato del art. 24.1 C.E., proscribe en todo caso la indefensión, sino que, además, es contraria también a la doctrina que específicamente establecen las SSTC 66/1982, 265/1988 y 209/1991."

A lo que el Tribunal decide rectificar la vía por la cual se había resulto los anteriores casos, y se considera por primera vez una vía de resolución como la presente.

“En definitiva, las SSTC 6/1992 y 21/1995 que se ajustaban a la doctrina general prohibitiva de la indefensión, para acomodarlas a la doctrina de la STC 41/1981 y las que siguen el criterio de ésta

se rectifica la contenida en aquéllas y este Tribunal considera por primera vez constitucional un caso de verdadera indefensión material.”

Y definitivamente se entiende que se debe otorgar amparo solicitado por la recurrente, “Por ser de aplicación al mismo la doctrina contenida en las SSTC 6/1992 y 21/1995 que, sin contradecir la STC 41/1981, siguen la línea que siempre ha mantenido este Tribunal en los casos de resoluciones judiciales que, como las aquí impugnadas, se han dictado inaudita parte.”

CONCLUSIONES

No es de extrañar que nos pueda sorprender que el Derecho elaborado en Roma haya pervivido hasta hoy mismo a través de situaciones, épocas y ambientes tan distintos.
Es de suponer que sus principios y orientaciones, su bondad, su riguroso estudio,…han sido los elementos clave por los cuales se le ha ido dando tanto valor. El hecho de que se haya aportado en cada momento una regulación adaptada a las situaciones del vivir cuotidiano ha resultado ser realmente valioso para el resto de sistemas jurídicos existentes.

Con esto pretendo dar a entender que el Derecho romano desde que se inició su expansión más allá de Roma, ha resultado ser para todos nosotros, tanto en contenido como en forma, una ciencia jurídica realmente importante.
El Derecho romano nos ha aportado la importancia, el valor que debemos darle a cada situación en la que nos encontremos. Todo tiene su por qué, todo sucede por algún motivo, todas las personas tienen derecho a ser tratadas de forma justa y a no ser juzgada en base a la actuación y comportamiento de los demás.

El Derecho romano aportó unos valores y una forma de actuar únicos, que fueron adoptados por el resto de ordenamientos, en más o menos extensión, resultando realmente útiles y a día de hoy, por su importancia y utilidad, aún persisten.
Ningún otro derecho ha aportado lo que conocemos como el arte de lo bueno y lo justo, el arte de darle la importancia que merece a casa situación, a cada caso en concreto, y a no generalizar, siendo siempre justos con cada sujeto y situación en particular. Esto se lo debemos al Derecho romano y pese a que cada sistema imponga sus peculiaridades se debería trabajar más en este sentido, puesto que si se considera que al primer Derecho surgió de Roma y que ese fue el mejor, deberíamos también darle la importancia que este hecho merece.

No discutiremos que la situación histórica, social y política de cada momento influye notablemente en el transcurso y evolución del Derecho de cada Estado, de cada región,..
Pero tampoco debemos olvidar el origen de todo esto y las grandes posibilidades de cambio que a las que se pueden optar a día de hoy mediante un consenso y un estudio

rigoroso de la situación, puesto que deberíamos tener en cuenta que el cambio no siempre es algo negativo.

La existencia de distintos sistemas jurídicos nos hace valorar algunos de los aspectos característicos de los mismos. Bajo mi punto de vista deberíamos mirar con mucho cariño aquello que hace tan particular al Common Law.

Se trata de un Derecho realmente elaborado pero al mismo tiempo sencillo, puesto que los juristas no se encuentran vinculados estrictamente a unas pautas que tengan que seguir al pie de la letra, a unas normas que tengan que cumplir estrictamente, sino que se trabaja para crear justicia en cada caso concreto que se plantea.

Al contrario que en el Sistema Continental, en el Sistema Anglosajón cada caso es considerado como único y no se tiende a comparar con aquellos que pudiesen guardar alguna similitud, puesto que consideran que sería posible cometer más injusticias en base a la intención de aplicar lo mismo a casos distintos, que no contemplando todas las posibilidades de cada uno de ellos como si nunca se hubiese tratado nada parecido.

Realmente este es el sistema que más similitud guarda con el método de resolución de casos romano, aunque con ciertas diferencias.

A mi parecer se trata de un sistema muy acertado; no todos los casos surgen a partir de una misma situación, pese a ser parecida, los factores que llevan a que se de ese resultado pueden ser fruto de distintos sucesos inherentes a la persona, al entorno, a la situación social, política, económica,…. Difícilmente habrá jamás un caso exactamente igual a otro, solamente casos similares.

He de admitir que siempre había estado muy a favor de aquello que se nos ha ido enseñando a lo largo de la carrera universitaria, que dice lo siguiente: tan injusto es tratar dos casos iguales con soluciones distintas, como tratar dos casos distintos con soluciones iguales.

Por ese motivo tampoco se me había ocurrido que el Sistema Continental, es decir, la forma en que en nuestro país aplica y trabaja el Derecho tuviese algún defecto. Debe ser que encontramos correcto aquello a lo que estamos acostumbrados ver, y difícilmente se nos ocurre que cambiando algo muy pequeño pueda mejorar algo de mayores dimensiones. Es cierto, que no todo el mundo es así y lo que impide hacer realidad los

cambios es la opinión en contra del resto de personas, pero por norma general, parece ser que los cambios asustan.

El Sistema Continental basa su resolución de casos en una comparación de resoluciones anteriores, es decir, que lo primero que se hace después de plantearse un caso es acudir a la doctrina y jurisprudencia anteriores dictadas en un mismo sentido. El hecho de no encontrar un caso parecido para resolver en ese sentido es considerado por muchos como “perder el caso”, es decir, ser derrotado, puesto que una vez que se ha dado con esa solución dictada con anterioridad supone que nadie (o casi nadie) pueda decir lo contrario ya que si eso fue dictado de ese modo significa que su estudio y resolución fue totalmente correcto. Obviamente esto no sucede en la totalidad de los supuestos, pero hablando de forma generalizada, se podría decir que esto es así.

Jueces y Magistrados tienen que resolver en el sentido que les marca la Ley, una Ley que pese a no regularlo todo sí que incluye una regulación muy extensa y específica de todos los ámbitos, suponiendo que el margen de interpretación de dichos Jueces y Magistrados quede realmente limitado o reducido.

Ahora bien, creo que después de todos los conocimientos que he podido ir adquiriendo mediante la búsqueda de información para completar el presente trabajo parte de mi opinión se ha visto alterada.
He podido comprender la forma en que trabajaban los romanos, la importancia que le daban a la costumbre, a los valores, a la grandeza y sabiduría humanas. El punto de vista que tenían acerca de las normas de convivencia y leyes escritas. Y realmente en poco coincide con lo que a día de hoy entendemos sobre cada uno de esos aspectos, pese a tener un sistema muy influenciado por las corrientes romanas.

El hecho de tener la oportunidad de contar con normas escritas, con unas leyes que nos facilitan la división y el entendimiento sobre lo que es correcto y lo que no lo es, o simplemente que nos indican el modo en que deben llevarse a cabo determinadas actuaciones, supone que la sociedad ya tenga una idea preconcebida de lo que se debe o lo que no se debe hacer, y lo que no se ajuste a esas pautas podrá desembocar en ciertas consecuencias, también determinadas en las leyes, que no siempre serán beneficiosas para ese sujeto infractor, ni mucho menos.

Por otra parte, el hecho de que Jueces y Magistrados, como regla general, no puedan apartarse de lo que marca la Ley supone una limitación a la interpretación y a su vez a la resolución, que en muchas ocasiones acaba propiciando alguna que otra injusticia para alguna de las partes implicadas.

Si todo esto nos lo miramos desde una perspectiva romanística podemos comprobar que el transcurso de la resolución de casos resultaría totalmente distinto y mucho más justo si se estudiasen de manera muy individualizada todos los casos que se planteasen. Tal vez supondría invertir aún más tiempo en la resolución de cada uno de los casos, invertir más recursos económicos,… y en realidad lo que se pretende a día de hoy es poder encontrar la solución más justa y equitativa en el mínimo tiempo posible. Pero si verdaderamente lo que se quiere conseguir con todo esto es la justicia, nada debería suponer ningún impedimento puesto que nada debería resultar más importante que eso mismo, la JUSTICIA.

“ *Iustitia est constans et perpetua voluntas*
ius suum cuique tribuendi ”

Gnaeus Domitius Annius Ulpianus.

RELACIÓN DE FUENTES, BIBLIOGRAFIA O RECURSOS MATERIALES UTILIZADOS

BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCÍA, R., Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: estudio y jurisprudencia, Navarra, 2014.

ALVAREZ SUÁREZ, U., Horizonte actual del Derecho Romano, Madrid, 1944.

ALVAREZ SUÁREZ, U., Instituciones de Derecho Romano – I., Madrid.

ALVAREZ SUÁREZ, U., Introducción Histórica – Conceptos Fundamentales – Hechos y Negocios Jurídicos, Madrid, 1973.

ARANGIO RUIZ, V., Historia del Derecho Romano, Madrid 1937.

BADENES, R., Metodología del Derecho, 1959.

BERNAD MAINAR, R., Curso de Derecho Privado Romano, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

BLANCH NOUGUÉS, J.M., El Edicto de los magistrados en el lenguaje de la jurisprudencia romana: pars edicti – clausula – edictum: un estudio de derecho romano, Madrid, 1998.

BONFANTE, P., Historia del Derecho Romano, Madrid, 1944.

BIONDI, B., Arte y Ciencia del Derecho, Barcelona, 1935.

CASADO CANDELAS, M.J., Primae Luces: una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia romana, Valladolid, 1994.

CASTRO SÁENZ, A., Cicerón y la jurisprudencia romana: un estudio de historia, Valencia, 2010.

DE BUCEDA B. B., Sobre la Jurisprudencia Romana (sus características y tendencias, la literatura jurídica y las escuelas de Derecho, 1974.

DÍAZ BAUTISTA, A., Manual de Derecho Romano Vol.I, DM, 1996.

D'ORS, A., El más antiguo fragmento de la jurisprudencia romana directamente conservado, 1951-1952.

D'ORS, A., Presupuestos Críticos para el Estudio del Derecho Romano, Salamanca, 1943.

D'ORS, A., Roma ante Grecia: Educación helenística y Jurisprudencia Romana, Madrid, 1961.

D'ORS, X., Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano, Santiago de Compostela, 1979.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., Anuario de Historia del Derecho Español, A Coruña, 1974.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje, 6ªed. 2002.

GARCÍA CARMIÑAS, J., Iurisdición y Jurisprudencia en el Principato, Madrid, 1996.

GARCIA GARRIDO, M.J., Diccionario de jurisprudencia romana, Madrid, 1988.

GARCÍA GARRIDO, M., Responsa: casos prácticos de derecho romano planteados y resueltos, Madrid, 1999.

GARCÍA GARRIDO, M., Casuismo y Jurisprudencia Romana, Santiago de Compostela, 1965.

GARCÍA GARRIDO, M., Casuismo y Jurisprudencia Romana. Pleitos famosos del Digesto, Madrid, 1973.

GARCIA GARRIDO, M., Jurisprudencia romana y actualidad de los estudios romanisticos, Boletin da Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra 40, 1964.

GONZÁLEZ FORRÁS, J. M., Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Murcia, 2005.

GUZMAN A., Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana, 1980.

IGLESIAS, J., Las Fuentes del Derecho Romano, Civitas, 1989.

ITURRALDE, V., El Precedente del Common Law, 1995.

MARGADANT, G.F., Derecho Privado Romano.

MEHESZ C.Z., El pretor y la Jurisprudencia pretoriana, Cordoba, 1967.

NICHOLAS, B., Introducción al Derecho Romano, 1987.

JOAN MIQUEL, Dret Privat Romà, 1995.

PARICIO, J., Historia y Fuentes del Derecho Romano, Madrid, 1988.

KASSER, M., Derecho Romano Privado, 1982.

KUNKEL, W., Historia del Derecho Romano, Barcelona, 1965.

KOSC HAKER, P., Europa y el Derecho Romano, Madrid 1957.

REINOSO, F., La autonomía de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego, Madrid, 1988.

ROBLES, J. R., Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma.

RODRÍGUEZ-VALDÉS L., Casos Prácticos y cuestionarios de derecho romano, Madrid, 1999.

SCHULZ, F., History of Roman Legal Science, Oxford, 1953.

SCHULZ, F., Principles of Roman Law, Oxford, 1936.

SCHULZ, F., Classical Roman Law, Oxford, 1950.

SOLIDONO, L., La Tradizione romanística nel dirito europeo I, 2011.

VACCA, L., Contributo allo studio del método casistico nel dirito romano.

VILAR BADIA, R., Justicia en la Jurisprudencia Romana, Revista de Derecho Procesal Hiberoamericana, 1974.

ZIMMERMANN, R., Europa y el Derecho romano, 2009.

REVISTAS

Sistema de Universidad Abierta UNAM, Facultad de Derecho, REVISTA AMICUS CURIAE, nº 4, año I. Alfredo Islas Colín "Importancia del Derecho Romano en la época Actual"

Labeo.- Casa editrice Dottor Eugenio Jovene CEDEJ (Italia)

SEMINARIOS

JURISPRUDENCIA, INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN DE DERECHO.

V Seminario Eduardo García Máynez sobre Teoría y Filosofía del Derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la Escuela Libre de Derecho, La Universidad Iberoamericana (UIA) y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Ciudad de México días 5, 6 y 7 de octubre de 1995.

Conferencia Derecho Romano y la Unificación del Derecho Privado Europeo. Prof. Luis M. Robles, Sevilla.

BERNAL DE BUGEDA, B., Profesora de Derecho Civil y Derecho Romano en la Universidad Iberoamericana. "Sobre la Jurisprudencia Romana (sus características y tendencias, la Literatura Jurídica y las Escuelas de Derecho)".

Seminario de Derecho Romano. Profesor de Derecho romano en la Universidad José Antonio Páez y en la Universidad de Carabobo; Secretario del concejo municipal de San Diego, Estado Carabobo.

ANEXOS

ANEXO I. Principios y definiciones[23]

Iustitia: «*constans et perpetua voluntas jus cuique tribuens*.»

(Ulpiano.- Iustitia Justiniano.- Digesto.)

Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.

....

Iurisprudentia: «*divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*.»

(Ulpiano.- Instituta.- Digesto.)

Conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto.

....

Ius: «*ars boni et aequi*»

(Celso.- Ulpiano.- Digesto)

Arte de lo bueno y lo malo.

«*quod Semper aequum ac bonum est.*»

(Paulo.- Digesto.)

Lo que siempre es equitativo y bueno.

....

«*Honeste vivere, alterum non laedere et suum quique tribuere*»

(Ulpiano.)

Los preceptos fundamentales del Derecho según Ulpiano.

---

[23] *Principios y definiciones del Derecho romano.- Don José Lopez de Rueda. Sevilla (1916)*

ANEXO II. Opinión de personas cualificadas en Derecho en torno al tema de la jurisprudencia

En éste apartado se incluyen diversas opiniones de profesionales del Derecho sobre el estado actual de la jurisprudencia en comparación con los distintos sistemas jurídicos existentes, así como algunos aspectos en torno al tema que se ha ido trabajando en el presente trabajo.

Doña M. Teresa Peralta Escuer, Doctora y Profesora de Derecho Romano en la Universidad de Lleida

M. Teresa Peralta Escuer a lo largo de la evolución de este trabajo ha ido dejando claro su pensamiento sobre el tema. Teniendo en cuenta que es profesora de la Universidad de Lérida y experta en Derecho romano sus conocimientos son realmente extensos y por ese motivo sus opiniones tienen un gran valor porque se fundamentan en años de estudio sobre el tema.

[24]Según la Dra. Peralta el Derecho se basa en la voluntad constante y permanente de hacer justicia. Afirma que Roma es el pueblo del derecho pero no el pueblo de la Ley, ya que el derecho se adapta a cada caso en concreto, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada uno, y no es contundente como el peso de Ley sino que es muy flexible.

El Derecho romano se basa en la fuerza moral, en la energía de la voluntad y en el espíritu práctico.

Para los romanos la idea de justicia se basaba en el «*ars boni et aequi*», es decir, en el arte de lo bueno y de lo justo. Entendían que se le tenía que dar a cada uno aquello que fuese más justo pero eso sí, preservando el bien común; y éste equilibrio se conseguía con el *bonum et aequum*. Y tal y como afirmaba Ulpiano, el derecho se fundamenta en tres preceptos muy importantes: vivir honestamente, no perjudicar a los demás y dar a cada uno lo que es suyo.

---

[24]*Entrevista realizada por La Mañana y publicada el 11 de enero de 2009.*

Según la Dra. Peralta el Derecho es el arte de lo bueno y lo justo en cada caso concreto, consonancia con lo que la conciencia social entiende como bueno y como justo, en un momento dado, en base a la economía, psicología, ética,…
Por ese motivo resulta interesante esta estructura y nos permite realizar una crítica hacia el presente, pues lo que interesaría sería poder acomodar el ordenamiento jurídico a las exigencias prácticas y no colocar los rígidos y fríos esquemas doctrinales por delante de los fines y necesidades de la vida.

El Derecho regula relaciones en que las partes se encuentran en total desigualdad, y la justicia procura una cierta igualdad entre éstas mediante el establecimiento de derechos particulares y medidas que se aplican igual en todos aquellos casos que son idénticos.

A lo que a los objetivos de futuro del Derecho se refiere, comenta que surge una dicotomía entre basarse en codificaciones más o menos estables o basarse en un sistema más práctico, más parecido al romano en el cual el derecho se adapte más a la realidad estudiando cada caso en particular. Y esto es lo que hace que se decida según el precedente judicial, tal y como lo hace el Sistema Anglosajón que se basa en la casuística; esto supone que el juez resuelva y en base a esa resolución se asientan precedentes que servirán para resolver nuevos casos en un futuro, consiguiendo de esta forma una justicia más adaptada a las nuevas circunstancias y a la realidad. En casos idénticos se dan respuestas idénticas, aunque se puedan dar variables.

Hay una tendencia en no basar el Derecho en formalismos i más en valores y principios. El problema surge en la práctica, en el momento en que estos principios se interpretan, pues a veces no se tienen en cuenta los matices del caso y se aplica una Ley que pese a transmitir una gran seguridad jurídica, a veces resulta ser muy contundente.
Por ese motivo la Dra. Peralta valora especialmente el Derecho romano y el Derecho anglosajón, puesto que en estos los juristas, en el caso de Roma, como se tenía que aplicar la ley a situaciones concretas de la vida, eran unos grandes conocedores y sabios.

La Ley debe contemplar casos generales, no se puede regular absolutamente todo, por ese motivo se debería preparar a los futuros juristas en valores, en ética, en moral, a

través de debates, argumentaciones,… ya que pese a que se tenga que aplicar la Ley, siempre existirá un margen muy amplio para la interpretación.

Como aportación final la Dra. Peralta considera que la justicia se establece para asegurar la vida en sociedad y en común de las personas y, por tanto, aquel Derecho que no respete lo que esencialmente supone la justicia, carecerá totalmente de naturaleza jurídica, no significará que sea un Derecho injusto sino que ni tan siquiera se podrá considerar que sea Derecho.

Ilus. Sr. Francisco Segura Sancho, Presidente de la Audiencia Provincial de Lleida

A partir de una charla mantenida con don Francisco Segura Sancho, Presidente de la Audiencia Provincial de Lérida, realizo éste escrito no con palabras textuales pero sí intentado esquematizar todas las ideas y conclusiones recogidas en relación a sus explicaciones sobre diversos aspectos relacionados con el contenido del presente trabajo, diciendo lo siguiente:

Según Don Francisco S.S., la Jurisprudencia hoy en día es un tema que se encuentra muy latente, jamás ha dejado de tener importancia pero en estos tiempos se está debatiendo mucho su contenido y aplicación.

Para empezar, nos incide en que debemos tener en cuenta que en el artículo 1.6 del Código Civil se consagra que la Jurisprudencia forma parte del ordenamiento jurídico de éste sistema. "*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*"

Resulta imprescindible tener muy claro que la Jurisprudencia más importante es la del Tribunal Supremo la cual, para que pueda ser vinculante al resto de Tribunales requiere de 3 resoluciones en un mismo sentido. Pero a día de hoy resulta un tema muy debatido, pues lo que se discute es el hecho de que tenga que ser o no vinculante para esos Tribunales de rango inferior.
Los Tribunales no están obligados a ceñirse a lo que disponga la Jurisprudencia ya que a éstos se les ofrece la opción de poder apartarse motivadamente, argumentando los motivos del disenso, aunque como norma general la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales. Y lo que en definitiva se pretende es que sea absolutamente vinculante; entonces, esto ¿qué beneficios tendría?

Si la Jurisprudencia resultase ser absoluta y obligatoriamente vinculante para todos los órganos jurisdiccionales se estaría confiriendo seguridad jurídica pero al mismo tiempo

provocaría la inamovilidad de las decisiones judiciales y eso con el paso del tiempo resultaría ser aún más problemático.
La sociedad es cambiante y no siempre será lógico estar adoptando las mismas decisiones, por ese motivo sería fundamental que todas esas decisiones se pudiesen contradecir, modificar, adaptar.

Si planteamos estos conceptos sobre distintos supuestos prácticos y absolutamente reales, lo entenderemos mejor.
Un buen ejemplo, nos indica, lo encontramos en los recientes posicionamientos sobre materia de Ejecución Hipotecaria. Sobre este ámbito y hasta hace muy poco dentro del pronunciamiento del Tribunal Europeo los tribunales españoles consideraban que no tenían ningún margen para reclamar, pues si alguien no pagaba se procedía a ejecutar, no se proporcionaba ninguna otra solución al respecto. Y esto resulta realmente duro e injusto.
Pero esto no podía seguir así y como muestra de alguien que ha luchado por conseguir una mejora al respecto, don Francisco S. S. nombra a don José María Fernández Seijo, titular del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, el cual planteó un gran cambio ante el Tribunal Europeo.
Éste cambio supone que el juez pase a ocupar un posición más preponderante en el ámbito civil, en la protección de los derechos.

Actualmente nos encontramos con un panorama en que los jueces españoles difieren del sistema anglosajón. El juez continental es un juez que proviene del antiguo régimen de la monarquía absoluta, se dije que se hacía en nombre del Rey.
En el momento de la Revolución Francesa se cuestionó la estructura del poder judicial y si debía ser una manifestación del Rey o debía ser por voluntad propia.

Entonces aparece la división de poderes de Montesquiev: el poder Legislativo, el poder Ejecutivo y el poder Judicial; y con esta se entiende que el Juez como tal es solamente »*labouche de la loi*», que es el poder Legislativo el que crea la Ley y el Juez únicamente se limita a aplicarla, no a cuestionarla.

Y ahora bien, una vez entendido el funcionamiento del modelo anglosajón, en que el Juez es el creador del Derecho, y del modelo continental, en que el Juez es solamente la

boca de la Ley, si nos planteamos cuál de éstos es mejor podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Los jueces son los que aplican la Ley no los que la crean y por un lado eso es una garantía porque sabemos que la Ley es la que es y no se da lugar al libre albedrío por parte del Juez, pues existe otro órgano encargado de la creación de las normas. Esto aporta algo muy positivo, una cierta seguridad jurídica.

Según Don Francisco Segura, esto no significa que nuestro sistema sea más justo sino que es más claro; es fruto de nuestra sociedad, de la evolución de nuestra historia.

Lo que ahora se pretende es que a demás de la interpretación de las leyes que hacen los Tribunales, es que ésta interpretación sea vinculante y que jurisprudencia resulte el instrumento de interpretación de las normas, pero que tenga carácter jerárquico.

La aplicación de las normas no puede contemplar todos los aspectos, por ese motivo existen muchas lagunas que tienen que ser suplidas por Jurisprudencia. Se trata de lagunas que no se han resuelto por indecisión, o porque no lo han considerado oportuno en el momento político en que se encuentran.

Un sector de la doctrina cree que los Tribunales no pueden dejar de aplicar la Ley y esa tentación existe, cuando se cree que una determinada situación no es justa se fuerza la interpretación de la norma acorde a las opiniones del Tribunal.

Se limita la capacidad de decisión del juez, como no hay claridad ni criterio uniforme, la mayor parte de las reformas legislativas tienden a unificar.

No hay tanto margen de decisión como se cree, lo que se procura es ver la situación en cada momento, si existe esa posibilidad.

Doña Blanca Hernández Coarasa, Abogada Fiscal de la Fiscalía del Área de Vilanova i la Geltrú, Fiscalía Provincial de Barcelona

La definición de la jurisprudencia en la actualidad, aunque con un origen histórico común, dista mucho dependiendo del sistema judicial desde el que se haga. Desde la perspectiva del sistema español la cuestión fundamental radica en la naturaleza del ordenamiento jurídico y sus fuentes. Desde el momento en que se proclaman exclusivamente como fuentes del ordenamiento la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, resultando que se hace precisamente en una de las normas de mayor importancia como es el Código Civil, la jurisprudencia queda apartada de dicha función y resulta necesario reconocerle expresamente su finalidad, determinar el órgano y procedimiento de creación, su ámbito de influencia y las consecuencias de su inobservancia por parte de los Juzgados y Tribunales.

La importancia del Código Civil radica en que, más allá de abarcar las materias propias de esa rama del Derecho, tiene en nuestro ordenamiento jurídico una vocación de generalidad, sentando principios y normas básicos de aplicación a todo orden salvo que existan previsiones expresas al respecto, tal y como consta en el artículo 4.3 del Código Civil. Se observa el mismo fenómeno en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del ordenamiento procesal español.

Es el propio Código Civil el que en su artículo 1, tras enumerar las fuentes del Derecho (ley, costumbre y principios generales), siendo dicha enumeración a su vez el orden de prelación para su aplicación, indica cuál es la función de la jurisprudencia aportándonos la más pura definición de la misma en el sistema jurídico español. Así pues, una vez queda expresamente señalado que nada distinto de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho puede ser considerado fuente del ordenamiento jurídico, se establece que la jurisprudencia lo complementará, y que será únicamente jurisprudencia la que emana de las resoluciones del Tribunal Supremo, pero no de toda clase de fallos, si no únicamente de aquéllos que sienten doctrina mediante la interpretación y aplicación de las fuentes del ordenamiento.

Dado que nuestro ordenamiento tiene su fundamento principal en la norma escrita y pública, la jurisprudencia no crea Derecho, no es fuente del ordenamiento jurídico, y por lo tanto su función complementaria de éste no puede suponer que con cualquier fallo del

único órgano llamado a sentar jurisprudencia, el Tribunal Supremo, vaya a suponer una efectiva producción jurisprudencial. Se requiere al efecto que sea mediante la doctrina reiterada establecida en la interpretación y aplicación de las fuentes del ordenamiento. Si cualquier fallo del Tribunal Supremo supusiera la creación de jurisprudencia en su sentido más puro, resultaría del todo contradictorio con la naturaleza de nuestro sistema jurídico. De nada serviría tener la cantidad de normas expresas, públicas y escritas que caracteriza a nuestro ordenamiento si cualquier resolución del más alto Tribunal puede variar por vía jurisprudencial su contenido o sus efectos. Resultaría en todo caso contrario al principio de seguridad jurídica garantizado por la Constitución Española en su artículo 9.3.

La siguiente cuestión relevante en el procedimiento de creación jurisprudencial español es qué debe entenderse por reiteración en la doctrina del Tribunal Supremo. Por mucho que, en aras de cumplir con el principio de legalidad, publicidad de las normas y seguridad jurídica, nuestro sistema legal se asiente sobre el pilar de la norma escrita y pública, resulta inevitable que en la aplicación judicial de la norma, en el manejo real de las previsiones normativas y su acomodación a los hechos que acaecen en la vida del ciudadano y de las instituciones, surja la necesidad de que se indique el modo en que una norma o parte de ella deba interpretarse y aplicarse. Es en cumplimiento de esa labor cuando el Tribunal Supremo, al fallar del mismo modo en, al menos, dos causas que en lo fundamental (hechos, norma aplicable, consecuencia jurídica) sean análogas crea jurisprudencia.

Lo anterior no impide que, aunque erróneamente, se hable de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando dicho órgano no es de naturaleza judicial, o de jurisprudencia menor respecto de las resoluciones de órganos distintos al Tribunal Supremo, como suele ocurrir con las Audiencias Provinciales.

En cuanto a qué ocurre en el plano judicial desde el momento en que existe jurisprudencia sobre una cuestión concreta, la consecuencia natural viene una vez más de la mano del principio de seguridad jurídica. Desde el momento en que un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica han tenido que ser determinados en nuestro ordenamiento mediante el complemento de la jurisprudencia, se hace inevitable que los Jueces y Magistrados la tengan presente para el caso de tener que adoptar decisiones aplicando la fuente del derecho que fue objeto de interpretación o aplicación reiterada por parte del Tribunal Supremo. Pero en ningún caso debe suponer una automática anulación del principio de independencia judicial, que dota de esta cualidad a todos los

órganos respecto de cualquier injerencia externa, pero también les hace independientes respecto del resto de órganos judiciales, incluido el Tribunal Supremo. A la cuestión de si puede un Juez o Magistrado apartarse por lo general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la respuesta es sí, siempre y cuando su resolución incluya la motivación suficiente que justifique que se haya llegado a una conclusión distinta a la de la jurisprudencia habiéndola tenido en cuenta. Eso no significa que en vía de recurso su fallo no vaya a ser anulado o corregido si se entiende procedente, pero tampoco significa que con ello ese juzgador en concreto se esté apartando de sus obligaciones o de la norma. Y lo anterior es aplicable igualmente al propio Tribunal Supremo, que puede variar su jurisprudencia, pues si la norma no es inamovible, mucho menos va a serlo el instrumento que complementa el ordenamiento jurídico, y que, en la mayoría de las ocasiones, cumple su finalidad ante los largos periodos que acostumbran a trascurrir desde que una norma queda obsoleta o incompleta respecto de la realidad social a la que va a aplicarse, y su modificación o derogación.

A pesar de todo lo anterior, y ante la configuración de la planta judicial española y la amplia diversidad de normas existente, distinta proyección debe reconocerse a los fallos del Tribunal Supremo cuando resuelven en sentencia estimatoria un recurso de casación en interés de la ley, pues se entiende que en tal caso sí vinculan a Jueces y Magistrados.

Todo lo anterior, desde la perspectiva de quien maneja a diario el ordenamiento jurídico y consulta la jurisprudencia existente, supone tener que admitir que ésta ha evolucionado inevitablemente, y que es incluso por vía jurisprudencial que se amplían los efectos de su existencia y observancia.

En otros sistemas judiciales en los que la norma escrita, si bien existe, es generalista y está precisamente creada para ser desarrollada en su interpretación y aplicación caso a caso, la jurisprudencia tiene una naturaleza distinta a la que se recoge en nuestro Código Civil. En esos sistemas el precedente judicial, la forma en la que otro órgano incluso de menor o igual rango al que conoce de un supuesto análogo ha fallado, no solamente va a servir a las partes actuantes como fundamento para mantener su pretensión, sino que se convierte en fundamento esencial de la resolución a dictar, teniéndose en cuenta con la misma importancia que los hechos concretos objeto del proceso y la norma aplicable.

Vista esa diferencia y teniendo presente la visión restrictiva de la jurisprudencia en nuestro sistema, resulta del todo imposible que otros operadores jurídicos puedan intervenir en su creación. Si no son siquiera todos los órganos de enjuiciamiento los llamados a crear jurisprudencia, a pesar de los principios de imparcialidad, legalidad,

objetividad e independencia que rigen en todas sus actuaciones, no es posible dar cabida en la creación jurisprudencial a otros sectores judiciales, ni los que representan al Estado o las instituciones, ni los que representan a cualquiera de las partes.

Respecto del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, las del ámbito penal en concreto, tiene su origen en nuestro ordenamiento en la norma fundamental, pues así lo establece el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución Española. Ese apartado sienta los principios fundamentales que rigen la actuación de los poderes públicos en cualquiera de sus esferas, y, respecto de la irretroactividad de las normas sancionadoras, se indica expresamente que versa únicamente sobre las que sean no favorables, a las que se suman en este caso las restrictivas de derechos individuales.

El propio Código Penal en sus artículos 1 y 2 establece y desarrolla ese principio en su ámbito de aplicación. La lógica impera en el establecimiento de este principio, pues sería contrario al resto de principios fundamentales de nuestro ordenamiento que, por ejemplo, una conducta no sancionada que de pronto resulta típica por reforma legal suponga la persecución de aquellos sujetos que, bajo el amparo de no ser contrario a la norma un comportamiento, lo vinieron realizando. Del mismo modo, el caso inverso, lleva a que sí se aplique con retroactividad favorable al reo, por ejemplo, la despenalización de una conducta, o la modificación de las penas que lleva aparejado el tipo.

Uno de los casos más habituales en la actualidad en los Juzgados de lo Penal en este último supuesto es el de revisión de sentencias firmes en aquellos delitos contra la seguridad vial que, en su redacción anterior a la actual, tenían prevista pena de prisión o de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, y que hoy en día se sitúan como alternativas las tres, lo que lleva a que aquellos condenados a pena de multa y trabajos en beneficio de la comunidad que, por ejemplo, no hubieran cumplido ninguna de ellas, se les recoja en comparecencia judicial la elección de una u otra. Por lo general en este caso suelen verse beneficiados frente a los que procedieron a su inmediato cumplimiento los condenados que, en muchos casos favorecidos por la lentitud en la ejecución penal por falta de medios personales y materiales de la Administración de Justicia, han visto dilatada la ejecutoria de su condena, llegando a darse el caso de elegir una de las penas cancelándose la otra, y declarándose prescrita la elegida en el caso, nada extraño, de haber transcurrido el plazo legal previsto al efecto.

ANEXO III. Sentencias

A continuación se nombran distintas sentencias del Tribunal Supremo en las cuales puede evidenciarse el fenómeno de creación de jurisprudencia sobre el cual hemos estado tratado a lo largo de éste trabajo, pero eso sí, se trata de una jurisprudencia muy actual que nada tiene que ver con la resolución de casos de la época romana.

Relación de sentencias:

A) El TS manifiesta su obligación de conocer su propia doctrina jurisprudencial.

SSTS 21 febrero de 1992

SSTS 22 de mayo de 1992.

B) Evolución jurisprudencial y cambio de criterio:

SSTS 3 enero de 1990

SSTS 12 de junio de 1991

SSTS 14 junio de 1996

SSTS 11 de diciembre de 1997

SSTS 5 febrero de 1998

C) Acerca de los cambios de criterio. Ejecución hipotecaria y arrendamiento:

SSTC 158/1997, de 2 de octubre

SSTC 174/1997

SSTC 223/1997

SSTC 227/1997

SSTC 42/1998.

SSTC 6/1992

SSTC 21/1995

SSTC 69/1995.

Hemos decidido hacer mención como ejemplo en este trabajo sobre la **SSTC 158/1997, de 2 de octubre de 1997** que se adjunta en su contenido completo a continuación.

STC158/1997, de 2 de octubre de 1997

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio-Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo 1.939/92 seguido ante la Sala Segunda de este Tribunal a instancia de doña Francisca Copado Cruces, representada por la Procuradora doña Isabel Calvo Villorio contra el Auto de 16 de octubre de 1990 por el que, con estimación del recurso de apelación interpuesto en el procedimiento judicial sumario, se acordó dar posesión al demandante Banco Popular Español del piso hipotecado que fue objeto de dicho procedimiento. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, y ha sido Ponente el Magistrado don José Gabaldón López, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado ante este Tribunal el 21 de julio de 1992, se interpuso el recurso de amparo que se deja mencionado en el encabezamiento y que se fundamenta en los siguientes hechos:

a) Con fecha de 6 de julio de 1984, los cónyuges don Juan-Manuel Domouso Senero y doña María-Ángeles Ruiz Copado, hipotecaron una vivienda de su propiedad en garantía del préstamo concedido por el Banco Popular Español, S.A.

b) Desatendido el pago del préstamo, el Banco, previo el oportuno requerimiento de pago, interpuso el procedimiento de ejecución establecido en el art. 131 de la Ley Hipotecaria siguiéndose todos sus trámites hasta concluir por Auto de 14 de marzo de 1988 aprobando el remate de la finca hipotecada en favor de la entidad acreedora por el precio ofrecido en la tercera subasta.

c) Solicitada por el Banco adjudicatario la puesta en posesión de la finca, con arreglo al art. 131-17ª L.H., el Juzgado, por providencia de 21 de junio de 1988, la acordó. No obstante, al llevarse a efecto la entrega de la posesión por el Juzgado de Paz de Bormujos (Sevilla), el día 19 de julio de 1988, el Sr. Domouso Senero manifiesta que la finca está arrendada al Sr. Ruiz Aguilocho (padre de doña María-Ángeles Ruiz Copado), aportando un documento privado en el que consta un contrato de arrendamiento fechado el 1 de junio de 1985, por plazo de un año, prorrogable por mutuo acuerdo de las partes y una renta anual de 60.000 ptas., a razón de 5.000 ptas. mensuales; y con fecha de 26 de julio de 1988, comparece en el Juzgado de Paz citado don Francisco Ruiz Aguilocho y el Juzgado le hace saber que el nuevo propietario de la finca es el Banco Popular Español, S.A.

d) El Banco solicitó que se requiriera de desalojo a los ocupantes de la vivienda, denegándolo el Juzgado que desestimó también el recurso de reposición.

e) Apelada dicha resolución, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó Auto en 16 de octubre de 1990 estimando el recurso y acordando dar posesión al Banco Popular Español del piso hipotecado y ordenando requerir de desalojo a los ocupantes. Se fundaba dicho Auto en las siguientes consideraciones:

"En el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria seguido por el Banco Popular Español, S.A., contra una finca urbana hipotecada por los cónyuges deudores don Juan Manuel Domouso Senero y doña María Angeles Ruíz Copado, recayó Auto firme, con fecha 14 de marzo de 1988, por el que se aprobó a favor de la expresada entidad bancaria acreedora el remate de la finca hipotecada, acordándose por providencia de 21 de junio siguiente poner a la rematante en posesion del inmueble, y al pretender tomar

posesion del mismo no pudo lograrlo por manifestar el Sr. Domouso que el piso estaba arrendado al Sr. Ruiz Aguilocho, que resultó ser su suegro, presentando contrato de fecha 1 de junio de 1985, por un año de duración y renta anual de 60.000 pesetas, no obstante haberse obligado al Sr Domouso, en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, de 6 de julio de 1984, como dueño en pleno dominio del piso, en donde tenía su domicilio habitual, sin más gravamen que una hipoteca en favor del Banco Hipotecario, a no ceder el piso en arrendamiento ni otorgar ningún contrato con tercera persona que implique traspaso de posesión, sin la previa conformidad del acreedor."

No fue notificada esta resolución a los arrendatarios, al no ser parte en el procedimiento y en su cumplimiento, con fecha 25 de marzo de 1992, los cónyuges ejecutados fueron requeridos de desalojo por el Juzgado de Paz de Bormujos, compareciendo el Sr.

Domouso Senero ante dicho Juzgado el día 17 de julio de 1992 manifestando que la diligencia de posesión al adjudicatario debía practicarse con doña Francisca Copado Cruces, arrendataria de la vivienda, en su condición de viuda de don Francisco Ruiz Aguilocho, llevándose a efecto el requerimiento de desalojo de la citada señora con fecha de 23 de septiembre de 1992.

2. La demanda funda la queja de amparo en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el art. 24.1 C.E. Aduce la recurrente que si bien el procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 L.H. en si mismo no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, no puede decirse lo mismo de la diligencia que, en aplicación de la regla 17ª del citado artículo, ordena el lanzamiento de quien, como la ahora demandante del amparo, ocupa la finca ejecutada en su calidad de arrendataria, pues esta medida no puede realizarse sin que previamente se le dé la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio en el que pueda hacer valer sus derechos, en los términos señalados por la STC 6/1992. El Juzgado que está conociendo del procedimiento del art. 131 L.H. no puede ordenar el lanzamiento del arrendatario del piso adjudicado en el proceso hipotecario, pues ello equivaldría a decidir la resolución del arrendamiento lo que, evidentemente, no constituye objeto del dicho procedimiento radicando en este efecto extintivo, precisamente, la causa de la indefensión en que se sitúa al arrendatario.

3. Tras la solicitud de diversa documentación acordada en las providencias de 21 de septiembre, 29 de octubre y 17 de diciembre de 1992, y de 4 de febrero de 1993, por providencia de 29 de marzo de 1993, la Sección Cuarta acordó admitir a trámite el recurso de amparo y tener por parte a la Procuradora comparecida en nombre de la recurrente y, de conformidad con el art. 51 LOTC, se requirió el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sevilla y a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de la misma ciudad para que remitiesen testimonio de los autos 1.457/85 y del rollo de apelación 1.169/89; interesando al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso judicial antecedente, con excepción de la recurrente, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional en el plazo de diez días.

4. Por providencia de 29 de marzo de 1993, se acordó formar la pieza separada de suspensión y conceder a la recurrente y al Ministerio Fiscal un plazo común de tres días para alegaciones sobre ella, concediéndose la suspensión en lo relativo al lanzamiento por Auto de 29 de julio de 1993.

5. Por providencia de 15 de julio de 1993, teniendo por recibidas las actuaciones solicitadas, y por parte al Procurador don Eduardo Codes Feijoo, en nombre del Banco Popular Español, S.A., se dió vista de las actuaciones a las partes y al Ministerio Fiscal para alegaciones.

6. La recurrente no presentó alegaciones. El Procurador del Banco Popular Español, S.A., las formula oponiéndose a la concesión del amparo solicitado. Afirma al respecto que la recurrente invoca un contrato de arrendamiento simulado con el objeto de perjudicar al acreedor hipotecario y ahora adjudicatario del inmueble hipotecado, lo que constituye un supuesto de fraude que no puede ser amparado por los Tribunales con arreglo al art. 6.4 C.C. y 11.2 L.O.P.J. Se trata de un arrendamiento posterior a la hipoteca, concertado entre parientes (el arrendador es yerno del arrendatario) y por una renta de cinco mil pesetas mensuales, cantidad notoriamente inferior a las existentes en



el mercado en la fecha del contrato. De lo actuado se desprende que los verdaderos ocupantes de la finca son los deudores hipotecarios y así lo demuestra el hecho de que todas las notificaciones practicadas en el procedimiento se llevaron a cabo en la propia finca, que se dice arrendada al Sr. Ruiz Aguilocho, con los demandados don Juan-Manuel Domouso Senero y su esposa doña Ángeles Ruiz Copado. Finalmente, el contrato de arrendamiento, tras la ejecución hipotecaria, ha quedado extinguido al tratarse de un arrendamiento posterior a la hipoteca y a la vigencia del Real Decreto-ley 2/1985, que suprimió la prórroga forzosa, en atención a lo dispuesto en el art. 131-17ª L.H. Razones que hacen innecesario acudir a otro procedimiento judicial para lograr el desalojo de los ocupantes de la finca, posible con la regla 17ª del art. 131 L.H., que contempla la entrega de la posesión efectiva o de hecho del adjudicatario.

7. El Fiscal señala, en primer lugar que, si bien en el encabezamiento de la demanda figura como recurrido el Auto de la Audiencia de 16 de octubre de 1990, es obvio que aquella se dirige contra la providencia que, en su ejecución, dictó el Juzgado ordenando la puesta en posesión de la finca y el consiguiente desalojo de la aquí recurrente. Por ello, la temporaneidad de la demanda de amparo se resuelve favorablemente, pues el Auto no fue notificado a los arrendatarios por no ser parte en el proceso hipotecario, y su contenido sólo pudieron conocerlo a través del requerimiento de desalojo. La demanda se presenta no obstante con anterioridad a la notificación del requerimiento, que tuvo lugar el 23 de septiembre de 1992, lo que induce a pensar que la recurrente tomó conocimiento de la providencia de desalojo con anterioridad, a causa quizá del parentesco con los deudores hipotecarios a quienes se les requirió de desalojo el 17 de julio de 1992. En todo caso, al no poderse concretar la fecha cierta de conocimiento del Auto recurrido, no puede la misma obrar en perjuicio de la recurrente.

En cuanto al fondo, el Fiscal entiende que el caso revela que su planteamiento es muy similar al resuelto en la STC 6/1992, por lo que lo relevante a efectos del respeto del derecho fundamental es la resolución de un contrato de arrendamiento fuera del procedimiento legalmente establecido para ello y sin garantía de audiencia e igualdad de armas que se deriva de la aplicación del art. 24.1 C.E.. Por ello procede otorgar el amparo, anulando la providencia de 28 de enero de 1991 por la que se acuerda requerir de desalojo a los ocupantes de la vivienda, restableciendo el derecho a la tutela judicial

efectiva de los recurrentes, por lo que los órganos judiciales se abstendrán de ordenar en el procedimiento del art. 131 L.H. el lanzamiento de la arrendataria.

8. Por providencia de 30 de abril de 1996, el Pleno, de conformidad con el art. 10 k) LOTC, acordó, a propuesta de la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo, y por providencia del día 30 de septiembre de 1997, se fijó para la deliberación y fallo del mismo el día 2 de octubre de 1997.

II. Fundamentos jurídicos

1. El recurso de amparo entablado contra el citado Auto de 16 de octubre de 1990 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla que, en un procedimiento judicial sumario del art. 131 L.H., ordenaba dar posesión al adjudicatario de la finca que ocupaba la ahora recurrente, se fundaba en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), que se habría producido caso de procederse al lanzamiento de quien, alegando ser arrendataria del inmueble, no fue oída y vencida previamente en un proceso en el que hubiera podido hacer valer los derechos contractuales que dice le asisten, para permanecer en el goce de la finca a pesar de la ejecución hipotecaria de la misma.

En la demanda quedaba cuestionada la constitucionalidad, si no de todo el procedimiento regulado por los arts. 131 y 132 de la Ley Hipotecaria, sí al menos de la Regla 17 de aquel artículo en cuanto su aplicación pudiera determinar, como efecto de la ejecución hipotecaria, el desalojo de quien, ocupando la finca ejecutada, no fue parte ni pudo ser oído en el proceso y resultaba así indefenso. Por otra parte, existía una reiterada doctrina de este Tribunal que, sin dejar de afirmar que dicho proceso "no vulnera el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 C.E." "porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos", vino finalmente a introducir una interpretacion que realmente priva a equélla de su efecto general al exigir, en los casos resueltos por las SSTC 6/1992, 21/1995 y 69/1995, la audiencia contradictoria del arrendatario para ser desposeído. Ambas consideraciones aconsejaron la avocación del asunto al Pleno.

2. La doctrina de este Tribunal en torno al problema planteado se formula por primera vez en la STC 41/1981, dictada por el Pleno en relación con una ejecución del Banco Hipotecario de España, en la cual se había discutido la constitucionalidad del procedimiento especial hipotecario de ejecución, por vulneración del art. 24 C.E. Allí dijimos que es "característica común de los procedimientos cuestionados la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones. La presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores o de acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización"... "... la Ley Hipotecaria preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluídas las que versan sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento. Esta regla admite únicamente las excepciones que enumera el art. 132". Y afirmamos que pese a que "en el procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, ello no significa que se produczca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada que carece de una fase de cognición". "La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud". Y reiteramos que "el hecho de que el procedimiento de ejecución sumaria se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución". Al contrario, "lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario" "el deudor y el titular de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela".

La posibilidad de plantear en un juicio posterior las cuestiones excluídas de éste permite afirmar, según aquella doctrina, que no se produce indefensión con alcance constitucional. Las dudas se han planteado, no obstante, en relación con los terceros en

aquel proceso y que por tanto sin haber tenido noticia ni intervención en él, han de hacer frente a la privación material de la posesión pese a ostentar un título que eventualmente pudiera subsistir después de la pérdida del dominio por el ejecutado. Porque es en estos casos donde en sí ha tenido lugar la referida duda acerca de la posibilidad de que se produzca una situación de indefensión.

3. Ahora bien, con la salvedad de que nos ocuparemos en el fundamento siguiente, no ha variado desde entonces nuestra doctrina acerca del punto fundamental que ahora nos ocupa. Y así, la STC 64/1985, que decide también el recurso de un arrendatario contra la resolución de la Audiencia ordenando que se le apercibiera de lanzamiento, insistió en las peculiaridades del procedimiento sumario del art. 131 L.H., "vía de apremio no precedida de una fase de cognición" que,por dejar "abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos", "la ausencia de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 de la Constitución" y, por ello, subraya esta Sentencia que el rechazo de la tercería de dominio intentada no es "óbice para que pueda defender sus derechos e intereses como arrendatario, por ejemplo, en juicio declarativo" "sin que el Tribunal formule juicio alguno sobre el ajustamiento a la legalidad ordinaria de las decisiones tomadas por los correspondientes órganos judiciales", ya que "lo único que en este caso le compete es determinar si se ha vulnerado el derecho a la defensa reconocido en el art. 24.1 de la Constitución".

En la STC 8/1991, cuyo recurso interpuso un tercero adquirente de la finca ejecutada, el Tribunal sigue poniendo de relieve las mismas "peculiaridades del procedimiento sumario previsto en el art. 131 de la L.H." con referencia a las dos anteriores Sentencias y cita textual de su doctrina, llegando a la misma conclusión en orden a la garantía de indefensión del art. 24.1 C.E. y poniendo no obstante de relieve que "este Tribunal ha de establecer la necesaria ponderación entre tal derecho (a la tutela sin indefensión) en el supuesto concreto y el derecho fundamental, del que también son titulares las restantes partes del proceso, a que éste se resuelva sin dilaciones indebidas y a la ejecución de las Sentencias".

La misma doctrina, afirmando que no se vulnera el derecho de la defensa porque "queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus

derechos", viene repitiéndose en todos los casos en que, respecto de distintas situaciones, nos hemos pronunciado, señalando incluso cuando lo recurrido era una resolución denegando la nulidad de actuaciones, que a esa afirmación no se opone lo largo y costoso de dicho proceso (STC 296/1993), con lo cual se viene a afirmar la doctrina anterior y a señalar que "si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho del interesado a acceder a la jurisdicción, no lo es menos que no puede hacerlo sino por los cauces y de acuerdo con las normas legalmente establecidas... que compete interpretar y aplicar a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 C.E.)" así como que "en aquel supuesto" han considerado que "la nulidad de actuaciones en el procedimiento ejecutivo del art. 131 L.H. había de hacerse valer en el juicio declarativo ordinario y tal interpretación no puede en modo alguno ser considerada arbitraria ni infringe el art. 24.1 C.E. por lo que se ha de concluir que la aplicación del art. 132 L.H. realizada por los organos jurisdiccionales en las resoluciones impugnadas no vulnera el art. 24.1 C.E. (STC 64/1985,AATC 202/1988, 282/1991 y 13/1992)". En análogos términos se pronunció nuestra STC 69/1995.

4. Sin embargo, la STC 6/1992, aun sin apartarse de aquella afirmación central, es decir la de que las peculiaridades del procedimiento de los arts. 131 y 132 de la L.H. no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 C.E., ya que queda abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, formuló una importante puntualización respecto de aquellos concretos supuestos de hecho que dieron lugar a esos pronunciamientos. Puntualización que vino, en síntesis, a consistir en la exigencia de que "el desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa requiera, pues, como exigencia constitucional, que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales establecidas en las leyes" (STC 6/1992), porque, como en la misma se razona, el derecho fundamental resulta perjudicado "al verse despojado, sin posibilidad de contradicción, de un derecho nacido de una relación contractual que merece una protección específica".

Esa última doctrina se reiteró en la STC 21/1995 que, asimismo en relación con un contrato arrendaticio, insistió en que "la exigencia implícita en el art. 24.1 C.E. puede alcanzarse propiciando una interpretación y aplicación del art. 132 L.H. que elimine

aquellos efectos no queridos o, al menos, en contradicción flagrante con el derecho fundamental a la defensa y con normas de Derecho necesarias (art. 57 en relación con el 114.4 de la L.A.U.) dado que el lanzamiento coloca a la arrendataria -sin ser oída en juicio- en posición notoria y gravemente disminuída para una eficaz defensa de su derecho". Razonamiento este último que reitera textualmete la STC 69/1995, la cual, después de señalar que "es, precisamente, esa posibilidad (la que resulta de la remisión de todas las demás reclamaciones al correspondiente juicio declarativo para la defensa de sus derechos) la que ha llevado a este Tribunal a declarar que la regulación legal de los arts. 131 y 132 L.H. no vulnera el derecho a la defensa reconocido en el art. 24.1 C.E." Y pese a que, por tratarse de un usufructuario (y no un arrendatario) el recurso finalmente se desestima, afirma que "no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del art. 131 L.H. se vea inerme ante el mismo caso de ser afectado como tercero y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de ejercer el juicio declarativo correspondiente que le reconoce la Ley, ya que esta conclusión podría ser cierta en determinados casos, pero no en todos, dependiendo ello de las circunstancias, que no son siempre las mismas". De ahí que esa misma Sentencia, al referirse a la doctrina de la 6/1992, señale que ésta "nace para garantizar el derecho de defensa de aquéllos que prima facie ostentan un legítimo y aparente título que les legitima para poseer la finca que es objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, no puede ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor ú ocupante afectado" ..." Y así, en el ATC 309/1994, negamos ya el amparo en un supuesto en el que el arrendatario lo era en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con posterioridad al inicio del procedimiento del art. 131 L.H. que "... fue estimado por los órganos judiciales como fraudulento".

La cuestión que a partir de ahora debe ocuparnos es la de si la doctrina que exige la audiencia contradictoria del poseedor para ser lanzado debe o no ser mantenida en sus mismos términos.

5. Por tanto, la única cuestión con relieve constitucional que aquí puede plantearse es la de si la general remisión de la ley a un proceso ulterior satisface para todos los intervinientes en el proceso que nos ocupa el derecho reconocido en el art. 24 C.E.,

porque la ejecución hipotecaria que el mismo configura no puede hacerse depender del examen de los singulares efectos determinados en cada caso por las variadas situaciones posesorias sobre la finca según la naturaleza de cada una y si las mismas se extinguen o no con la ejecución. La perspectiva constitucional se constriñe a establecer de modo general las consecuencias de la ejecución respecto del derecho a la defensa de todos los interesados, dejando los problemas concretos de legalidad al margen de nuestra consideración y enteramente a disposición de los Tribunales que sobre ellos tienen exclusiva competencia (así también, entre otras, de la propia STC 69/1995 (fundamento jurídico 4º) o la 8/1991 (fundamento jurídico 2º). Porque será en el examen de cada caso donde el órgano judicial competente podrá apreciar, según las singulares características de la situación posesoria, si ésta debe subsistir. De lo cual resultará si es el poseedor o bien el ejecutante quien haya de acudir al ulterior juicio en garantía de sus derechos.

En efecto, pese a lo que pudiera desprenderse de las SSTC 6/1992 y 21/1995, aquella decisión no rebasa el ámbito de la legalidad en cuanto limitada en cada caso a la peculiar situación jurídica de los terceros poseedores que permita apreciar si, según sus caracteres, el título alegado debe determinar la subsistencia de la posesión en tanto la cuestión se decida en el juicio correspondiente.

Y el proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley.

En consecuencia, para la vulneración del art. 24.1 no podría bastar con la consideración formulada acerca de la eventual posición más o menos desventajosa del poseedor en un ulterior proceso, sino que para ello habría de quedar en una situación de material indefensión (STC 8/1997, con cita de la 48/1984) que no se produce si, al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia pueda subsistir.

6. En suma, y teniendo en cuenta las precisiones anteriores, hemos de afirmar una vez más que la remisión efectuada por el art. 132 de la L.H. al proceso declarativo

correspondiente para ventilar "todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y demás interesados" proporciona desde el punto de vista constitucional un instrumento de defensa general a las partes y a "todos los interesados" sin exclusión alguna, cualquiera que sea su posición y los títulos de su situación posesoria, con el que debe entenderse en general suficientemente garantizado el derecho de defensa de todos ellos. Y tal es la cuestión de constitucionalidad que únicamente compete a este Tribunal, es decir, la de si los órganos judiciales en la tramitación de aquel procedimiento, se han pronunciado sobre esa posibilidad de defensa. Mas la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo.

Debemos por todo ello declarar que el procedimiento de ejecución (llamado sumario) del art. 131-132 de la Ley Hipotecaria no se opone al art. 24.1 C.E., porque, como siempre hemos venido diciendo, en términos generales "queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos" (STC 217/1993) y singularmente por cuanto las diligencias de requerimiento de desalojo y de lanzamiento otorgan a los poseedores la posibilidad de alegar un derecho que en su caso pueda tener fuerza para enervarlas y que, en cuanto determine una decisión fundada del órgano jurisdiccional adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, no es susceptible de revisión por este Tribunal.

7. Procede, pues, en este caso la desestimación del amparo por cuanto el recurso se fundaba en la lesión del derecho a la tutela sin indefensión del arrendatario recurrente. Y sin entrar en consideración alguna acerca de un eventual otorgamiento del alegado contrato arrendaticio en fraude de ley (cuestión de legalidad sobre la cual los organos de la jurisdicción no han emitido juicio), la consideración de que la ahora demandante pudo intervenir en las diligencias de ejecución lleva a esa consecuencia. Su impugnación se dirigió contra la diligencia que ordenó el desalojo e implícitamente contra la providencia que acordó el requerimiento y el Auto de la audiencia que, habiendo revocado el del Juez, así lo resolvió. Mas, como de las actuaciones resulta,

aquel requerimiento no tuvo lugar ni a espaldas de los poseedores ni sin que tuvieran ocasión de exhibir lo que en su opinión constituía título bastante para oponerse a la solicitud del adjudicatario de la finca en la subasta. Diligencias que se dilataron en el tiempo puesto que, acordada la puesta en posesión de la finca y revocada luego esta decisión por el Juez al alegarse la existencia de un contrato arrendaticio, finalmente fue de nuevo acordada por la Audiencia y aún esta orden se demoró hasta que los arrendatarios ocupantes fueron señalados por el arrendador. De suerte que los órganos judiciales tras conocer el título posesorio (tal como había acaecido en el supuesto de la STC 64/1985), se pronunciaron fundadamente en el plano de la legalidad acerca de la eficacia del mismo para enervar la desposesión con el alcance provisorio que a estas diligencias correspondía y sin perjuicio, obviamente, de la defensa en el juicio correspondiente de la integridad de los derechos que resulten de aquel título.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo interpuesto por doña Francisca Copado Cruces contra el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de octubre de 1990 en el que se acordaba dar posesión al Banco Popular Español del piso que fue objeto del proceso del art. 131 L.H. seguido contra don Juan Manuel Domouso Senero y doña María Angeles Ruíz Copado.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dos de octubre de mil novecientos noventa y siete.

Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1.939/92, al que se adhieren los Magistrados don Rafael de Mendizábal Allende y don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Con el debido respeto a la opinión de la mayoría, disiento de la desestimación de este recurso de amparo que, en mi criterio y siguiendo la doctrina de las SSTC 6/1992 y 21/1995, ha debido otorgarse a la recurrente a quien, sin ser oída ni haber sido parte en el procedimiento sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria (L.H.), se la requiere para el desalojo de la vivienda que ocupa (providencia de 28 de enero de 1991) como arrendataria de la finca objeto de dicho procedimiento. Esta providencia se dictó como consecuencia de un Auto anterior, de fecha 16 de octubre de 1990, que requirió de desalojo a los propietarios de la finca y al no estar ocupada por éstos y sí por la arrendataria, recurrente en amparo, se extendieron los efectos del Auto de lanzamiento acordado respecto de los propietarios - deudores hipotecarios que, como tales, fueron parte en el proceso-, a la ocupante por título de arrendamiento que no había sido parte en el mismo. Este es el contenido y efectos de la citada providencia de 28 de enero de 1991 que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones (antecedente 7 de la Sentencia), es la que motiva realmente la indefensión material que denuncia la recurrente, producida por la desposesión así acordada y que no merece el amparo de este Tribunal porque el derecho de defensa que frente al lanzamiento reclama la actora en el recurso de amparo (art. 24.1 C.E.), no resulta vulnerado por la remisión que la regla 4ª del art. 132 de la L.H. hace al "juicio declarativo que corresponda".

Mi total discrepancia con la Sentencia de la mayoría se basa en las siguientes razones:

1. Las SSTC 6/1992 y 21/1995 no contradicen la doctrina de la STC 41/1981 ni de las posteriores a ésta que se apoyan en su fundamentación.

La avocación al Pleno de este recurso de amparo se acordó, como se dice en la Sentencia (antecedente 8 y fundamento jurídico 1) para salvar la contradicción entre las SSTC 6/1992 y 21/1995 -que exigían la audiencia contradictoria del arrendatario para ser desposeído-, y la línea jurisprudencial que, anterior a las mismas, no consideraba necesaria esa audiencia, porque el juicio declarativo ordinario al que se remite el art. 132 de la L.H. permite la defensa de los terceros poseedores.

La supuesta contradicción es inexistente, según resulta de comparar el caso resuelto y la fundamentación de la STC 41/1981 y las que siguen su línea doctrinal, y el objeto y la argumentación de la STC 6/1992 en la que se basa también la STC 21/1995, cuya doctrina estimo de aplicación a este caso.

A. En efecto, en el procedimiento resuelto por la STC 41/1981 eran partes el Banco Hipotecario como demandante y acreedor hipotecario, y la sociedad Construcciones y Servicios Inmobiliarios, S.A., como deudora hipotecaria y demandada. Lo pretendido por ésta en el procedimiento hipotecario era poder oponer a la demanda del art. 131 L.H. excepciones que, no permitidas por el art. 132 de la L.H., causaban la indefensión denunciada en su recurso de amparo en el que se llegaba a solicitar la inconstitucionalidad de dicho precepto por contrario al derecho de defensa garantizado por el art. 24.1 C.E. El amparo fue desestimado, entre otras razones, por la siguiente: por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, pues frente a las once excepciones que permite el art. 1.464 de la L.E.C. para el juicio ejecutivo ordinario, la Ley Hipotecaria preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluidas las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, "se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento".(síntesis del fundamento jurídico 4º). Y por si hiciera falta aclarar que lo que trata de impedir el art. 132 L.H. es la suspensión o el entorpecimiento de la realización del valor de la finca hipotecada, que es el objeto del procedimiento del art. 131 L.H., en el fundamento 6º de la STC 41/1981 se dice: "En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la

contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más" Y después de insistir en la misma idea de que sólo las limitadas excepciones del art. 132 L.H. pueden producir la suspensión, termina este fundamento 6º con las siguientes palabras: "No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del art. 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela".

B. Entre el caso que resuelve la STC 41/1981 que acabamos de resumir y el decidido por la STC 6/1992 que pasamos a examinar existe una diferencia abismal. Más aún, no hay entre ellos coincidencia alguna. Allí, el recurso de amparo se interpuso por el deudor hipotecario que fue, naturalmente, parte demandada en el procedimiento. En el resuelto por la STC 6/1992, el recurrente en amparo no fue, ni podía serlo, parte en el procedimiento del art. 131. L.H., porque al ser poseedor en virtud de un contrato de arrendamiento, la L.H., consecuente con lo dispuesto en su art. 98 "Los derechos personales no tendrán la consideración de gravámenes a efectos de esta Ley"-, no le permitía ser parte en el procedimiento. Y el órgano judicial, respetuoso con esta imposibilidad legal de tenerle por parte en el proceso del art. 131, le tuvo por personado y no parte. Podía enterarse de lo que ocurría en él, pero no defenderse ni hacer alegación de clase alguna. Pese a ello, la resolución judicial de adjudicación del dominio de la finca, producía el efecto del lanzamiento y desalojo de la vivienda que ocupaba como arrendatario en virtud de un contrato regulado por la Ley de Arrendamientos Urbanos (L.A.U.).

La STC 6/1992, apreció la indefensión denunciada, estimando el recurso de amparo. En sus fundamentos 6º y 7º aclara que este Tribunal no entra en el problema de legalidad ordinaria de si subsiste o no el contrato de arrendamiento regulado por la L.A.U., cuando en virtud del procedimiento del art. 131 de la L.H. se adjudica el dominio de la finca arrendada al acreedor hipotecario o a un tercero en la correspondiente subasta (problema que, aunque sea ciertamente de legalidad ordinaria, está actualmente resuelto en favor del arrendatario por el art. 13.1 de la vigente L.A.U. y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 9 de mayo de 1996 y las anteriores que en ella se citan). Pero este Tribunal, pese a no entrar en ese problema porque no le incumbe, sí entró en la STC 6/1992 (fundamento jurídico 4) en "la tacha de indefensión

que se alega en relación con el contenido de la diligencia del Juzgado de Orihuela de 7 de enero de 1988 en virtud de la cual se ordena el desalojo y, si es preciso, el lanzamiento" de la recurrente en amparo. Y en el fundamento 6º la ratio decidendi del otorgamiento del amparo se sintetiza así: "aplicando lo hasta aquí expuesto al caso que examinamos, ha de afirmarse que en este supuesto concreto la resolución judicial dictada en el trámite último del procedimiento sumario hipotecario, en cuanto impone el desalojo y lanzamiento de la actual arrendataria, sin que ésta haya podido hacer valer sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales vulnera la garantía constitucional contenida en el art. 24.1 C.E., dando lugar a un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa de la demandante de amparo y produciéndose así una indefensión constitucionalmente amparable en esta sede".

Del análisis comparativo entre ambas Sentencias, resulta claro que no hay la contradicción apreciada para su avocación al Pleno, sino que las diferencias de los casos resueltos por una y otra exigían soluciones distintas. La posición de demandado del deudor hipotecario en el procedimiento del art. 131 de la L.H., -caso de la STC 41/1981-, en manera alguna puede equipararse a la del arrendatario de la finca hipotecada que no es llamado al procedimiento -supuesto de la STC 6/1992-.

Es cierto que esta acusada diferencia en la posición de las partes en el proceso del art. 131 de la L.H., no es tan radical en los casos resueltos por las SSTC 41/1981 y 6/1992 como en las otras Sentencias que, por seguir la doctrina de la primera, se citan en el fundamento jurídico 3º de la Sentencia de la mayoría. Pero aun así, ninguna de éstas contradicen el derecho de defensa que para los arrendatarios de la L.A.U. concedieron las SSTC 6/1992 y 21/1995. En efecto, en la STC 64/1985 la excepción rechazada por ella se basaba en una tercería de dominio; y en ella se dice: "lo que se ha negado es la admisión a trámite de una tercería de dominio, capaz de suspender el curso del procedimiento ejecutivo según el art. 132 L.H...."; la STC 8/1991, se refería a un tercer adquirente del dominio de la finca hipotecada; en la 296/1993 se trataba de impedir un incidente de nulidad de actuaciones; en la 69/1995, era el usufructuario, poseedor en virtud de un derecho real posterior a la hipoteca. En todos estos casos los interesados habían sido llamados al procedimiento del art. 131 L.H., como en él se establece y no así para los arrendatarios. De ahí que no haya ninguna Sentencia de este Tribunal -ninguna- que al poseedor de una finca hipotecada en virtud de un contrato de arrendamiento de la L.A.U., se le haya privado de la posesión arrendaticia por la vía del

art. 131 de la L.H. Este supuesto, que es el resuelto por las SSTC 6/1992 y 21/1995, no se ha visto contrariado hasta ahora por ninguna otra resolución de este Tribunal. Porque si bien es cierto que el ATC 309/1994, que se cita en el fundamento jurídico 4º de la Sentencia de la mayoría, se omite que la calificación del contrato de arrendamiento como fraudulento, se hizo porque "el arrendatario tuvo oportunidad procesal de ser oído y de exponer y defender sus posibles derechos en cuanto se le tuvo por parte interesada en este proceso". El arrendamiento fraudulento no impide el lanzamiento en el procedimiento del art. 131 L.H., pero si exige que tal declaración se haga con audiencia contradictoria del interesado.

Vemos, pues, que para tratar de armonizar dos líneas jurisprudenciales que no se contradecían en nada -la encabezada por la STC 41/1981 y la contenida en la STC 6/1992-, se rompe ahora por la Sentencia de la mayoría una doctrina constante y uniforme que este Tribunal viene manteniendo en centenares de Sentencias: el art. 24.1 C.E. no tolera "en ningún caso" que la tutela judicial efectiva produzca la indefensión material de los afectados por las resoluciones judiciales. Así lo venimos declarando desde nuestras primeras Sentencias (SSTC 9/1981 y 63/1982) hasta las más recientes (SSTC 17/1997 y 77/1997). Esta doctrina, quizá la más reiterada de este Tribunal, no se contradecía en manera alguna, como hemos visto, por la STC 41/1981, a cuyo contenido íntegro nos remitimos. Esta doctrina se contradice ahora por la Sentencia de la mayoría. A partir de ella hay ya un caso en el que no es aplicable la indefensión material proscrita por el art. 24.1 C.E. Los arrendatarios de una finca hipotecada pueden ser privados de la posesión arrendaticia por la vía del art. 131 L.H., sin ser oídos ni poder ser parte en ese procedimiento. Su derecho de defensa frente al lanzamiento, queda a salvo porque en el juicio declarativo que corresponda al que se remite el art. 132 L.H., pueden defender, una vez desalojados, su derecho a no serlo.

Esta conclusión, absolutamente contradictoria en sí misma, no sólo vulnera la doctrina constitucional que hemos citado y que, en cumplimiento del mandato del art. 24.1 C.E., proscribe en todo caso la indefensión, sino que, además, es contraria también a la doctrina que específicamente establecen las SSTC 66/1982, 265/1988 y 209/1991. Dijimos en ellas que "a nadie se le puede exigir el seguimiento de un nuevo proceso para remediar, en su caso, una violación del derecho fundamental de defensa ocurrida en un procedimiento distinto y agotado" (fundamento jurídico 1º de la STC 66/1982). A esta doctrina ni siquiera alude la Sentencia de la mayoría. Para ella la posibilidad de un

nuevo proceso lo justifica todo. De admitirse este criterio el recurso de amparo sólo podría darse contra Sentencias con efecto de cosa juzgada y nunca en las dictadas en los procedimientos de desahucio, ejecutivos, sumarios, interdictales, etc.

En definitiva, las SSTC 6/1992 y 21/1995 que se ajustaban a la doctrina general prohibitiva de la indefensión, para acomodarlas a la doctrina de la STC 41/1981 y las que siguen el criterio de ésta -en ningún caso relativas a poseedores arrendaticios de la L.A.U.-, se rectifica la contenida en aquéllas y este Tribunal considera por primera vez constitucional un caso de verdadera indefensión material.

2. Las limitaciones de defensa del art. 132 de la L.H., no guardan relación alguna con los derechos de los arrendatarios.

Más brevemente nos referiremos a este tema, no sólo porque resulta muy sencilla su exposición, sino porque en buena medida resulta aclarado por la doctrina de la STC 41/1981 a la que nos venimos refiriendo y que, en lo esencial, se funda en el contenido y la finalidad del art. 132 L.H.

Basta la lectura del citado artículo para comprender que la única finalidad del precepto, es evitar toda suspensión y todo entorpecimiento del procedimiento sumario que se regula en el artículo precedente. La realización del valor de la finca para pagar al acreedor hipotecario - que es el objeto de ese proceso-, sólo admite las excepciones de los cuatro supuestos contemplados en este artículo. Todas las demás cuestiones o reclamaciones que puedan formularse "se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley". Es así que los únicos derechos que pueden afectar a un arrendatario de la finca hipotecada, se producen o nacen a partir de la terminación del procedimiento, luego en nada resulta de aplicación el art. 132 L.H. a quienes ostentan unos derechos que no pueden suspender ni entorpecer el procedimiento hipotecario. En sí mismo este proceso no afecta a los arrendatarios, sino que su derecho sólo puede entrar en juego si el adjudicatario de la finca hipotecada -terminado, pues, el proceso- pretende la extinción del contrato y de la posesión arrendaticia y entienden los órganos judiciales que esa extinción es una consecuencia del procedimiento hipotecario.

Naturalmente que de darse tal supuesto y resultar desposeído el arrendatario sin posibilidad de haber defendido su situación posesoria, podrá acudir en defensa de sus

derechos e intereses -el restablecimiento del contrato de arrendamiento- al juicio declarativo que estime procedente. Pero este derecho, a diferencia de los casos previstos en el art. 132 L.H., no se lo otorga este precepto porque -como hemos dicho- en nada interfieren los derechos del arrendatario el procedimiento de ejecución del artículo 131 L.H., se lo garantiza, como a todas las personas, el art. 24 de la Constitución. Pero esta posibilidad de acudir a un nuevo procedimiento para salvar la indebida indefensión producida en otro, es algo que, como ya hemos visto, resulta en abierta contradicción con la doctrina contenida en las SSTC 66/1982, 265/1988 y 209/91.

En suma, el art. 132 de la L.H. que, al remitirse "al juicio declarativo que corresponda", ofrece cobertura de defensa a los afectados por las limitaciones que en él se establecen -ninguna concerniente a los posibles derechos de los arrendatarios-, no guarda relación alguna y, por tanto, no es aplicable, a los problemas que pueda suscitar el adjudicatario de la finca hipotecada respecto del poseedor de la misma en virtud de un contrato de arrendamiento. A estos problemas, que tienen su origen en lo dispuesto en el último inciso de la regla 17 del art. 131 L.H. -de la que nos pasamos a ocupar en el apartado siguiente de este escrito-, no les es aplicable, según hemos razonado, el art. 132 de la L.H. y, por tanto, la defensa prevista en él, en la que se apoyan todas las Sentencias de este Tribunal que siguen la línea de la STC 41/1981 y que se citan en la Sentencia de la mayoría, no sirve para salvaguardar el derecho de defensa de la posesión arrendaticia actual en el que se halla la actora y que es el que reclama en su recurso de amparo.

3. El último inciso de la regla 17 del art. 131 de la L.H. no requiere necesariamente otorgar al adjudicatario de la finca hipotecada la posesión real e inmediata de la misma.

Como hemos reiterado en las SSTC 6/1992 y 21/1995, y como se sostiene en la Sentencia de la mayoría, el problema relativo a si el art. 131 de la L.H. permite o no que subsistan los contratos de arrendamiento de la L.A.U. pactados con posterioridad a la constitución de la hipoteca, es una cuestión de legalidad ordinaria en la que no tiene nada que decir este Tribunal que ha de limitarse a su función de tutelar de manera real y efectiva los derechos fundamentales. La subsistencia o no del contrato no es cuestión nuestra; pero sí lo es -se extinga o no- que la desposesión del arrendatario no pueda llevarse a efecto sin la audiencia contradictoria de éste. El art. 24.1 C.E. no permite otra cosa y, en realidad, dicho precepto no hace más que elevar a la categoría de derecho

fundamental, el principio que los Jueces y Tribunales venían aplicando de siempre: nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio.

Pues bien, siendo esto así y estableciendo el art. 5.3 de la L.O.P.J. que los órganos judiciales interpretarán y aplicarán las normas acomodándolas, siempre que sea posible, al ordenamiento constitucional, no resulta difícil que el último inciso de la regla 17 del art. 131 de la L.H., se cumpla de forma que no resulte eliminado al derecho de defensa de los arrendatarios.

La regla 17 del art. 131 L.H., después de ordenar que, aprobado el remate de la finca hipotecada, se dictará Auto "ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla" -no hace referencia, naturalmente, a derechos personales no inscritos-, establece en su último inciso que "también se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase".

Pues bien, de las diferentes formas en que la L.E.C. regula la puesta en posesión de los bienes al titular de los mismos, sólo en una, la establecida en el art. 1.596 para el procedimiento de desahucio, se establece expresamente el apercibimiento de lanzamiento y desalojo del demandado. Atribuir esos mismos efectos que son los propios del juicio de desahucio, a la puesta en posesión judicial a que alude el último inciso de la regla 17 del art. 131 L.H., cuyo procedimiento tiene por objeto la realización del valor del dominio de la finca y no la extinción de derechos personales -se extingan o no éstos como efecto indirecto de la Sentencia que ponga fin a dicho procedimiento-, es una interpretación dudosa pero posible en términos de legalidad ordinaria. Lo que no es dudoso en manera alguna a la vista del art. 24.1 C.E., que dependa del criterio judicial como cuestión de legalidad y sin posibilidad de tutela constitucional, el desalojo y lanzamiento del titular de un contrato de arrendamiento de la L.A.U., sin posibilidad alguna de defensa dentro del procedimiento del art. 131 L.H., para cumplir de esa forma lo establecido en el último inciso de la regla 17. Las decisiones sobre cuestiones de legalidad ordinaria no pueden, ciertamente, como se dice en la Sentencia de la mayoría, ser revisadas por este Tribunal; pero el hecho de que puedan decidir en cada caso lo que corresponda atendiendo a sus circunstancias, no les autoriza, en manera alguna, a hacerlo sin dar oportunidad de defensa a los afectados por

sus resoluciones. El art. 24.1 C.E. lo impide de forma terminante. Las cuestiones de legalidad ordinaria requieren en todo caso el respeto de los derechos fundamentales.

La posesión judicial a que alude la regla 17 del art. 131 L.H. no ha de ser necesariamente la prevista para el desahucio en el art. 1.596 de la L.E.C., sino que puede llevarse a efecto, bien como establece el art. 1.515 -dando a conocer el adquirente como dueño a las personas que él mismo designe-; o bien mediante la posesión judicial regulada en los arts. 2.058, 2.059 y 2.060 de la L.E.C. "El que obtenga la posesión -dice el art. 2.059-, podrá designar los inquilinos, colonos o administradores a quienes el actuario haya de requerir para que le reconozcan como poseedor.- Dicho funcionario extenderá diligencia del acto de la posesión y de los requerimientos que hubiere verificado".

De esta forma, el cumplimiento del último inciso de la regla 17 del art. 131 L.H. -sin merma de lo adquirido por el adjudicatario de la finca hipotecada que es el dominio de la misma-, no entraña la vulneración del derecho de defensa de los arrendatarios a que conduce la entrega al adjudicatario de la posesión real e inmediata de la finca hipotecada que es lo ordenado por la resolución judicial impugnada en este recurso de amparo, que no merece, a juicio de la mayoría, la protección del derecho de defensa invocado por la recurrente.

Si vigente el art. 1.571 del Código Civil que establecía el derecho del comprador de una finca arrendada a que termine el arriendo al verificarse la venta, tenía explicación la interpretación de la regla 17 del art. 131 de la L.H. en términos compatibles con aquel precepto, no la tiene tras las modificaciones substanciales de los contratos de arrendamiento regulados por la L.A.U.; de ahí la evolución jurisprudencial y legal en esta materia, acomodada ya al nuevo régimen de los arrendamientos. Por ello y aunque la cuestión no sea competencia de este Tribunal, me parece paradójico que si en términos de legalidad ordinaria los derechos arrendaticios que pretendía defender la recurrente -sin conseguirlo-, están reconocidos en la actualidad por la vigente L.A.U. -art. 13.1, la ejecución hipotecaria no extingue el contrato de arrendamiento- y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce esos derechos en términos sumamente clarificadores (véase la reciente Sentencia de 9 de mayo de 1996, núm. 3.784 Aranzadi, que, con cita de otras muchas, analiza todos los problemas que el art. 131 L.H. en general, y la regla 17 en particular pueden plantear en orden a los contratos

de arrendamiento), me resulta paradójico, repito, que la Sentencia de la mayoría, contradiciendo por revisión del Pleno la doctrina de las SSTC 6/92 y 21/95, impida a la recurrente desde dentro de la vivienda objeto del contrato de arrendamiento y no una vez desalojada de la misma, la defensa de unos derechos respecto de los cuales la jurisprudencia y la Ley les atribuye un contenido que hace más gravosa aún la imposibilidad de defenderlos.

En definitiva, como conclusión de este extenso voto particular, entiendo que se ha debido otorgar el amparo solicitado por la recurrente. Por ser de aplicación al mismo la doctrina contenida en las SSTC 6/1992 y 21/1995 que, sin contradecir la STC 41/1981, siguen la línea que siempre ha mantenido este Tribunal en los casos de resoluciones judiciales que, como las aquí impugnadas, se han dictado inaudita parte.

Madrid, a dos de octubre de mil novecientos noventa y siete.